



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학박사 학위논문

국제형사재판소규정상  
보충성원칙의 적용

2019년 8월

서울대학교 대학원

법학과 국제법 전공

김 선 일

# 국제형사재판소규정상 보충성원칙의 적용

지도교수 정 인 섭

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함  
2019년 4월

서울대학교 대학원  
법학과 국제법 전공  
김 선 일

김선일의 박사 학위논문을 인준함  
2019년 7월

위 원 장 \_\_\_\_\_ (인)

부위원장 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

위 원 \_\_\_\_\_ (인)

## 국 문 초 록

로마규정상 보충성원칙은 ICC 관할범죄에 대한 국가의 일차적 관할권 행사를 인정하면서도 일정한 경우 그 제약 가능성을 내포하고 있다. 보충성원칙의 이러한 양면적 성격은 ICC 관할범죄에 대한 수사나 기소를 두고 국가와 ICC 간 첨예한 긴장 내지 대립관계로 이어질 수 있다. 더욱이 로마규정에 반영되어 있는 보충성원칙은 그 해석과 적용을 두고 여전히 논쟁적인 쟁점들도 많이 가지고 있다. 즉 (i) 재판적격성의 평가대상에 관한 문제, (ii) ‘동일사건’ 여부의 판단기준인 ‘동일인물, 동일행위’의 해석 및 적용에 관한 문제, (iii) 소위 ‘2단계 평가’에 있어서의 심급별 재판부간 상이한 기준 적용 문제, (iv) 국내적 적법절차 위반 문제를 둘러싼 재판적격성 평가와 ‘능력부재’ 개념의 적용상 문제, (v) ‘자기회부(self-referral)’의 법적·사실적 의미에 관한 문제, (vi) 사면과 비형사적 책임추궁과 관련한 논쟁 등이 그러한 예이다. 이러한 쟁점들은 결국 로마규정에 반영되어 있는 보충성원칙이 ICC에서의 절차에서 어떻게 해석되고 적용되어야 하는가의 문제를 제기한다.

이러한 인식하에 이 논문에서는 로마규정에 반영된 보충성원칙의 규범적 의미를 검토한 후 이것이 ICC 사건에서 어떻게 구현되어 왔는지 규명하기 위해 크게 4가지 주제를 중심으로 논의를 전개하였다. 첫째, 보충성원칙이 ICC에서의 상이한 절차적 단계에서 갖는 함의가 무엇인지 검토하였고, 그 결과 절차적 맥락에서의 보충성원칙이 국가의 일차적 관할권 행사를 우선적으로 염두에 두면서도 동시에 국가의 절차적 남용을 견제하고 있음을 확인하였다. 둘째, 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙은 ICC가 보충적으로 관할권을 행사하기 위한 판단기준으로서 중요한 의미를 지니며, ICC는 그 동안 판례를 통해 ‘잠재적 사건’ 개념, ‘동일인물, 동일행위’ 기준, ‘2단계 평가’ 기준 등이 원칙으로부터 파생된 여러 가지 개념이나 기준을 제시하고 있었

다. 그렇지만 이러한 개념이나 기준이 ICC의 구체적 사건에 적용될 때 여러 가지 문제점이나 비판에 노정되어 있음을 확인할 수 있었고, 이에 보충성원칙의 엄격한 적용과 국가와 ICC 사이의 관할권 행사의 조화라는 관점에서 그 해석론이나 대안을 제시하였다. 셋째, 재판적격성 예외사유로서의 보충성원칙 역시 그 중심을 이루고 있는 ‘의사부재’와 ‘능력부재’ 개념의 요건에 해당할 경우 국가의 관할권이 행사되지 않은 것으로 간주된다는 점에서 엄격한 해석과 적용을 요한다. 그러나 ICC 사건을 분석한 결과, 일부 재판부가 의사부재의 3가지 사유가 열거사항임을 간과하였고, 능력부재 개념의 누적적 적용을 이행하지 않은 사실도 확인할 수 있었다. 그럼에도 불구하고, 재판부가 국가의 적법절차 위반이 ‘심각하고 노골적인’ 경우 등 예외적인 상황에서 ICC가 제한적으로 개입해야 한다는 취지의 입장을 밝힌 점은 주목할 만하다. 마지막으로 이 논문에서는 로마규정 성안 시 예상하지 못했던 ‘자기회부’의 법적·사실적 의미를 규명하고자 하였고, 로마규정에 반영되지 못한 사면과 비형사적 책임추궁제도가 보충성원칙과 조화될 수 있는지 여부를 검토한 후 이에 관한 해석원칙을 제시하였다.

로마규정에 반영되어 있는 보충성원칙은 ‘ICC가 국가의 형사관할권을 보충한다’는 로마규정의 기본원칙에서 벗어나지 않아야 하며, 국가의 일차적 관할권 행사와 조화되는 방향으로 해석되고 적용되어야 한다. 이러한 보충성원칙의 일관적인 해석 및 적용을 통해 국가의 형사관할권 행사와 국제적 수준의 정의실현이 조화를 이룸으로써 ICC 관할범죄에 대해 책임 있는 자들에 대한 불처벌 상태를 종식시키고, 국제형사사법정의가 궁극적으로 실현되도록 해야 할 것이다.

**주요어 :** 보충성원칙, 재판적격성, 의사부재, 능력부재, 자기회부, 사면, 비형사적 책임추궁, 잠재적 사건, 동일인물·동일행위, 2단계 평가

**학 번 :** 2004-30433

# 목 차

제1장 서 론 .....	1
제1절 문제의 제기 .....	1
1. 연구의 배경 .....	1
2. 선행연구 검토 .....	6
제2절 연구의 목적과 범위 .....	10
제2장 보충성원칙의 의의와 적용단계 .....	14
제1절 보충성원칙의 의의 .....	14
1. 국제사회의 상호공존의 핵심 기제로서의 보충성 .....	14
2. 보충성원칙의 개념과 기능 .....	17
3. 보충성원칙과 ICC의 재판적격성 간의 관계 .....	22
4. 보충성의 유형 .....	23
4-1. 소극적 보충성 .....	24
4-2. 적극적 보충성 .....	25
4-3. 상황적 보충성 .....	28
제2절 보충성원칙이 적용되는 절차적 단계 .....	31
1. 보충성원칙의 단계별 적용 .....	31

2. 수사 개시 이전 단계 .....	33
2-1. ‘자기규제적 절차’로서의 성격 .....	33
2-2. 안전보장이사회의 회부와 소추관 : 구속력 존부 여부 .....	34
2-3. 전심재판부의 사법적 통제 .....	37
3. 재판적격성에 대한 예비결정 단계 .....	38
3-1. 수사개시와 국가통지 .....	38
3-2. 국가의 수사보류 요청과 한계 .....	42
3-3. 국가의 이의제기 및 그 제한 .....	49
3-4. 절차적 남용 가능성 .....	50
4. 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계 .....	51
4-1. ‘ICC의 독자적인 재판적격성 결정’의 의미와 요건 .....	51
4-2. 이의제기의 조건과 한계 .....	58
4-3. 수사의 일체성과 효율성 보호 .....	63
4-4. 절차적 남용 가능성 .....	66
<b>제3장 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙 .....</b>	<b>68</b>
제1절 재판적격성 평가대상으로서의 ‘사건’의 의미 .....	71
1. 재판적격성 평가가 이루어지는 절차적 단계 .....	71

2. ‘사태’와 ‘사건’의 개념 .....	72
3. 재판적격성의 평가 대상 .....	75
3-1. 견해의 대립 .....	75
3-2. ICC 재판부의 견해 .....	77
3-2-1. ‘잠재적 사건’ .....	78
3-2-2. ‘동일인물, 동일행위’ 기준 .....	83
제2절 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙의 적용 .....	89
1. 보충성원칙상 국가의 관할권 행사 : 수사 또는 기소 .....	89
2. ‘2단계 평가’에 의한 재판적격성 심사 .....	92
2-1. ‘2단계 평가’의 의미 .....	92
2-2. ‘2단계 평가’ 기준의 적용방식 .....	94
2-2-1. ICC 재판부의 견해 .....	94
2-2-2. 검토 및 해석론 제시 .....	100
3. ‘동일인물, 동일행위’ 기준의 적용 .....	101
3-1. ICC 사건 분석 .....	102
3-1-1. ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족시키지 못한 사례 .....	102
3-1-2. ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족시킨 사례 .....	117
3-2. 비판론 .....	122



3-3. 평가 및 대안 .....	124
<b>제4장 재판적격성 예외사유로서의 보충성원칙 .....</b>	<b>133</b>
제1절 수사 또는 기소의 진정성 부재 .....	133
제2절 의사부재 .....	137
1. 의사부재의 사유 : ‘열거적’인가 .....	138
2. 의사부재의 3가지 사유 .....	142
2-1. 보호할 목적 .....	142
2-2. 부당한 지연 .....	144
2-3. 독립성 또는 공정성의 결여 .....	147
3. 국내적 적법절차의 결여와 의사부재의 관계 .....	149
3-1. ICC 재판부의 입장 .....	150
3-2. 견해의 대립 .....	154
3-3. 평 가 .....	161
제3절 능력부재 .....	163
1. 능력부재 개념의 의미와 내용 .....	163
2. 능력부재 개념의 적용 .....	168
2-1. ICC 사건 분석 .....	169
2-2. 평 가 .....	174

## 제5장 보충성원칙의 적용상 補論 ..... 179

### 제1절 자기회부와 보충성원칙 적용의 포기 ..... 179

#### 1. 검토의 배경 ..... 179

#### 2. 견해의 대립 ..... 181

##### 2-1. 긍정론 ..... 181

##### 2-2. 부정론 ..... 183

#### 3. 평 가 ..... 186

### 제2절 ICC 관할범죄에 대한 사면과 비형사적 책임추궁 ..... 191

#### 1. 문제의 소재 ..... 191

#### 2. ICC 관할범죄에 대한 사면 ..... 194

##### 2-1. 재판 이전 단계에서 부여되는 사면 ..... 194

##### 2-2. 재판 종결 이후에 부여되는 사면 ..... 196

#### 3. ICC 관할범죄에 대한 비형사적 책임추궁 ..... 200

##### 3-1. 견해의 대립 ..... 201

##### 3-2. 평가 및 대안 ..... 206

## 제6장 결 론 ..... 211

### 참 고 문 헌 ..... 219

### Abstract ..... 248

# 제1장 서론

## 제1절 문제의 제기

### 1. 연구의 배경

국제형사재판소(International Criminal Court: 이하 “ICC”라고 한다)는 국제적 관심사인 가장 중대한 범죄를 범한 자의 불처벌(impunity)을 종식시키기 위해 설립되었다.<sup>1)</sup> 국제형사재판소규정(이하 “로마규정”이라고 한다)<sup>2)</sup> 전문과 제1조에 따르면, ICC는 ‘국가의 형사 관할권을 보충한다’([...]shall be complementary to national criminal jurisdictions)는 보충성원칙을 규정하고 있다.<sup>3)</sup> 따라서, ICC는 사건에 대해 국가가 관할권을 가지는 경우 우선적인 관할권을 행사하지 못하며, 단지 ‘국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄’에 대한 국내적 수사과 기소를 보충할 뿐이다.<sup>4)</sup>

---

1) 국제형사재판소규정 전문 제4항 및 제5항 참조. 한편 ICC는 2003년 3월 11일자로 네덜란드 헤이그에 설치되어 운영되고 있다.

2) 로마규정은 1998년 7월 17일 국제연합 전권외교사절회의(United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court)(이하 “로마회의”라고 한다)에서 채택되어 2002년 7월 1일 발효되었다. 우리나라는 2000년 3월 9일 로마규정에 서명하였고, 로마규정은 우리나라에 대해 2003년 2월 1일자로 발효되었다.

3) 다만 로마규정은 ‘보충성’ 내지 ‘보충성원칙’이라는 용어를 명시적으로 사용하고 있지는 않다.

4) Michael A. Newton, “The Complementarity Conundrum: Are We Watching Evolution or Evisceration?”, 8 Santa Clara Journal of International Law 115 (2010), pp. 125–126. 국제재판소가 일차적 내지 우월한 관할권을 갖는지, 아니면 보충적 관할권을 갖는지 여부는 국내법질서와의 관계를 어떻게 바라보느냐에 따라서 달라질 수 있다. 즉 국제재판소가

보충성원칙의 구체적 발현은 ICC의 관할권 행사에 대한 규율로 나타난다. 로마규정에 따르면, ICC 관할범죄를 기소할 일차적 책임과 권리는 국가에게 부여되어 있다. 따라서 ICC는 ‘최후의 보루로서의 재판소’(a court of last resort)로서 존재하게 된다.<sup>5)</sup> ICC는 실제로 관할권을 가지는 국가가 아무런 조치도 취하지 않거나, 또는 어떠한 조

---

설립된 배경, 방식, 목적 등에 따라 전자의 성격을 갖는지, 아니면 후자의 성격을 갖는지 구분될 수 있다. Sascha Dominik Dov Bachmann & Eda Luke Nwibo, “Pull and Push—Implementing the Complementarity Principle of the Rome Statute of the ICC within the African Union: Opportunities and Challenges”, 43 *Brook Journal of International Law* 457 (2018), p. 473. 국제재판소의 일차적 관할권(primary jurisdiction)은 본질적으로 관할권간의 위계를 전제로 한다. 즉 실제로 관할권을 가지는 국가도 범죄자들을 수사하고 기소할 권리를 보유하지만, 국제재판소가 본질적으로 관할권을 가지는 국가에 비해 우월한 관할권을 행사할 수 있다. 이에 비해, 보충적 관할권은 특정 국제범죄에 대해 관할권을 가지는 국가가 일차적인 관할권을 행사하며, 예외적인 경우에 한하여 국제재판소가 국가의 관할권을 보충할 수 있을 뿐이다. 이는 임시재판소(ad hoc tribunal)의 성격을 지닌 구유고슬라비아국제임시형사재판소(이하 “ICTY”라고 한다)와 르완다국제임시형사재판소(이하 “ICTR”이라고 한다)과 대비되는 부분이다. 정인섭, 신국제법 강의 - 이론과 사례 제9판, 박영사 (2019년), p. 1010. 유엔 헌장 제29조와 제41조를 근거로 설치된 ICTY와 ICTR은 국내법원과 경합적 관할권(concurrent jurisdiction)을 갖지만 국내법원에 비하여 우월한 지위를 가진다. 즉 우선권이 인정된다. ICTY와 ICTR의 성립배경, 특징, 평가에 대한 자세한 내용은 정인섭, “국제형사재판제도의 발전”, 국제인권법 제5호 (2002년), pp. 11-20 참조.

- 5) Justine Tillier, “The ICC Prosecutor and Positive Complementarity: Strengthening the Rule of Law?”, 13 *International Criminal Law Review* 507 (2013), pp. 507-508; Claire Brighton, “Avoiding Unwillingness: Addressing the Political Pitfalls Inherent in the Complementarity Regime of the International Criminal Court”, 12 *International Criminal Law Review* 629 (2012), p. 632; Samuel C. Birnbaum, “Predictive Due Process and the International Criminal Court”, 48 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 307 (2015), p. 309; Erica J. Saxum, “The ICC versus Sudan: How Does the Darfur Case Impact the Principle of Complementarity?”, 6 *Eyes on the ICC* 1 (2009~2010), p. 2; Dapo Akande, “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, 10 *Journal of International Criminal Justice* 299 (2012), p. 302.

치를 취하고자 하지만 실제 진정으로 절차를 수행할 의사나 능력이 없는 경우에 자신의 관할권을 행사할 수 있을 뿐이다. 이는 국가의 일차적 관할권에 대한 존중을 비롯한 능률성과 실효성 제고의 측면을 모두 고려한 것이다.<sup>6)</sup>

로마규정상 보충성원칙은 ICC에서의 여러 절차단계, 즉 수사개시 이전 단계, 재판적격성(admissibility)에 대한 예비결정 단계, 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계 등에서 구체적으로 적용된다.<sup>7)</sup> 즉 이러한 절차단계별로 관할권을 가지는 국가가 ICC 관할범죄를 진정으로 수사하거나 기소하고 있는지, 아니면 ICC가 보충적으로 자신의 관할권을 행사할 것인지 여부를 고려하게 된다. ‘ICC가 어떠한 경우에 자신의 관할권을 행사할 수 있는지 여부’에 관한 구체적인 결정기준은 ‘재판적격성의 문제’를 다루고 있는 로마규정 제17조에 적시되어

---

6) 국가는 일반적으로 증거와 증인, 그리고 절차를 수행하는 데 필요한 정보원에 가장 잘 접근할 수 있다. Nidal Nabil Jurdi, “The Complementarity Regime of the International Criminal Court in Practice: Is it Truly Serving the Purpose? Some Lessons from Libya”, 30 *Leiden Journal of International Law* 199 (2017), p. 201. 한편, 로마규정 교섭 당시 많은 대표들은 ‘향후 설립될 ICC로 하여금 국가의 법원을 대체하려는(replace) 의도를 가지지 않았음을 국제법위원회가 명확히 나타내고 있다’고 언급하였다. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court (1995), UN Doc. A/50/22, para. 29. 또한 보충성원칙이 국가관할권 행사에 유리하다는 강력한 추정을 야기하고 있고, 이러한 추정은 국가사법제도의 장점에 의해 정당화된다는 점을 일부 대표들은 강조하였다. 그러한 예로, 확립된 법률제도(양자, 다자 약정들을 포함), 준거법적 측면, 기소 절차와 규칙의 복잡성 완화, 기소와 변론 비용의 감소, 증거와 목격자에 대한 활용가능성 용이, 언어 문제 최소화, 증거와 증언 획득의 수단이 잘 확립되어 있다는 점, 형벌이 더 명확히 정의되어 있고, 집행이 용이하다는 점 등을 들고 있다. *Ibid.*, para. 31. 또한 재판관의 數, 재정자원, 인프라 면에서 제약을 갖고 있는 ICC가 행할 수 있는 사건 처리 능력에 한계가 있다는 점에서도 그러하다. Antonio Cassese, *International Criminal Law* (2nd ed.) (Oxford University Press, 2008), p. 343.

7) 로마규정 제18조, 제19조, 제53조 등 참조.

있다. 같은 조 제1항에 따르면, 사건의 재판적격성 유무는 3가지 판단 기준에 따라 결정된다. 즉 (i) 보충성원칙(a호 및 b호), (ii) 일사부재리 원칙(c호), (iii) ‘사건(case)의 중대성’(d호)이 ICC에서의 사건의 재판적격성 유무에 대한 판단기준이 된다.

그런데 로마규정에 반영되어 있는 보충성원칙은 그 의미와 내용에 대한 해석과 적용을 두고 학계와 전문가들 사이에서의 다양한 논의와 함께 ICC의 여러 판례가 점차 형성되어가고 있음에도 불구하고 여전히 논쟁적인 쟁점들을 많이 가지고 있다.<sup>8)</sup> 즉 (i) 재판적격성의 평가대상 에 관한 문제, (ii) ‘동일사건’ 여부의 판단기준인 ‘동일인물, 동일행위’의 해석 및 적용에 관한 문제, (iii) 소위 ‘2단계 평가’에 있어서의 심급 별 재판부간 상이한 기준 적용 문제,<sup>9)</sup> (iv) 국내적 적법절차 위반 문제를 둘러싼 재판적격성 평가와 ‘능력부재’ 개념의 적용상 문제, (v) ‘자기회부(self-referral)’ 법적·사실적 의미에 관한 문제,<sup>10)</sup> (vi) 사건

---

8) 현재 ICC는 10개 사태에 대한 예비조사, 11개 사태에 대한 절차를 진행하고 있으며, 27개의 사건이 종결 내지는 계류 중이다. 당사국회부의 한 유형인 소위 ‘자기회부’는 우간다, 중앙아프리카공화국(2개 사태와 관련됨), 콩고민주공화국, 말리 4개국 사태와 관련되며, 안보리회부 사태는 수단과 리비아, 소추관의 독자적 수사에는 케냐, 코트디부아르, 조지아, 부룬디 사태가 해당된다. <http://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx> 참조(2019. 7. 24. 방문).

9) ‘2단계 평가’란 사건의 재판적격성 문제를 평가할 때 각 단계에서의 평가기준을 순차적으로 충족시키고 있는지 여부를 평가하는 것을 의미한다. 여기서 1단계 평가기준은 사건에 대하여 관할권을 가지는 국가가 사건을 수사를 하고 있거나 기소했는지 여부, 또는 수사 후 불기소처분 하였는지 여부를 의미하며, 1단계 평가기준이 충족되면 ICC 재판부는 의사부재나 능력부재에 해당하는지 여부에 관한 2단계 평가기준을 판단하게 된다.

10) ‘자기회부’(self-referral)이라는 용어는 통상적으로 ICC 관할범죄 발생지국이 자국 영토 내에서 발생한 사태를 ICC에 스스로 회부하는 것을 가리키며, *Thomas Lubanga Dyilo* 사건에서 전심재판부 I이 사용하였다. International Criminal Court—Pretrial Chamber(이하 “ICC-PTC”라고 한다) I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Prosecutor's

과 비형사적 책임추궁과 관련한 논쟁 등이 그러한 예이다.

이러한 쟁점들은 결국 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙이 ICC에서의 절차에서 어떻게 해석·적용되어야 하는가의 문제를 제기한다. 개별 국가와 ICC 간 권한행사의 균형추 역할을 하는 보충성원칙에 관한 규정들의 해석·적용상 논란은 본질적으로 개별 국가의 주권과 ICC의 기능과의 조화로운 관계 구축을 가로막는 장애물이 될 수 있기 때문이다. 또한 보충성원칙의 해석과 적용을 둘러싸고 제기되는 문제는 개별 국가의 ICC에 대한 신뢰성 저하, 나아가 국제형사재판체제에 대한 불신으로 이어질 수 있기 때문이다.<sup>11)</sup>

---

Application for a warrant of arrest, Article 58”, ICC-01/04-1/06, 2006. 2. 10., para. 35. 이 용어는 학자들에 따라서 ‘auto-referral’, 또는 ‘voluntary referral’로 사용되기도 한다. 이 중 ‘voluntary referral’은 자유의사를 강조한다는 점에서 사실상 오해의 소지가 있다. self-referral은 정치적 압력의 산물일 수 있으며, 또한 他 행위자들이 주도권을 쥐는 것을 미연에 방지하기 위해 필요한 것일 수 있기 때문이다. 예컨대, 콩고민주공화국이나 우간다의 self-referral은 상당부분 ICC 소추관이 해당국 정부에게 해당 국가의 사태를 ICC에 회부하도록 조장하였고, 만약 회부하지 않으면 소추관이 독자적인 수사를 개시할 수 있다는 점을 경고한 결과의 산물이다. 그러나 단순한 정치적 압력이 자발성을 배제하지 않는다는 점에서 이러한 회부는 국제법의 견지에서 볼 때 여전히 자발적인 것으로 볼 수 있다. Andreas T. Müller & Ignaz Stegmiller, “Self-Referrals on Trial”, 8 *Journal of International Criminal Justice* 1267 (2010), pp. 1271-1272. 이하에서는 국가 스스로 자국 사태를 ICC에 회부한다는 의미에서 ‘자기회부’라는 용어를 사용하고자 한다.

- 11) ICC 설립 이후 그간 ICC가 직면한 도전적 상황들에 대한 우려나 비판이 지속적으로 제기되어 왔다. 이와 관련하여, 과거 김형구 교수는 ICC가 처한 국가와의 협력문제의 심각성, 자기회부의 정치적 악용 문제, ICC가 분쟁종식에 얼마나 기여할 것인가의 문제 등을 제기한 바 있다. 이에 대한 내용은 김형구, “국제형사재판의 현황과 한계: 국제형사재판소의 활동을 중심으로”, 평화학연구 제11권 제1호 (2010년), pp. 385-392 참조. 국가협력의 경우 자체 법집행력이 없는 ICC에게 커다란 약점이 아닐 수 없다. 특히 수단의 전직 대통령 Al Bashir에 대한 체포영장의 집행을 두고 아프리카 지역 국가들의 비협력이 최근까지 문제되고 있다. 그러한 예로 케냐, 말라위, 차드, 콩고민주공화국, 지부티, 우간다, 남아프리카공화국 등의 ICC 체포 및 인계 청구에 대한 불이행을 들 수 있다. 또한 아프리카연합이 유엔 안보리에 로마규정 제

## 2. 선행연구 검토

로마규정이 채택된 이래 2000년대 중반기까지는 보충성원칙의 기본 이념이나 개념 등 이론적 논의가 주로 이루어졌는데, 특히 학계나 전문가들은 이 원칙이 로마규정에 직·간접적으로 반영된 전문과 제1조, 그리고 제17조를 중심으로 제15조, 제18조, 제19조, 제53조 등 관련 조문들의 해석을 중점적으로 다루었다.<sup>12)</sup> 그러나 이러한 보충성원

---

16조상의 수사보류조치를 취할 것을 요청하면서 이것이 수용될 때까지 Al-Bashir의 기소와 관련하여 ICC와 협력하지 않기로 합의하는 등 반발기류가 거센 상황이다. 심지어 ICC 최다(33개국)이자 최초(세네갈) 비준국들을 보유하고 있는 등 ICC에 우호적이었던 아프리카대륙에 속한 국가들에게 ICC가 이들 국가들을 ‘희생양’(scapegoat)으로 삼으려 한다는 비판도 제기되어 왔다. 여하튼 Al Bashir에 대한 체포영장 발부와 그 집행 과정은 아프리카 지역에 평화와 안정을 찾으려는 아프리카연합 소속 국가들의 지도자들에게 ICC와의 협력을 꺼리게 하는 계기로 작용한 것으로 보인다. 이에 대한 자세한 내용은 Ovo Catherine Imoedemhe, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: National Implementation in Africa* (Springer, 2017), pp. 131-139; Victor O. Ayeni & Matthew A. Olong, “Opportunities and Challenges to the UN Security Council Referral under the Rome Statute of the International Criminal Court”, 25 *African Journal of International & Comparative Law* 239 (2017), pp. 253-254 참조. 또한 자기회부로 인한 정치적 악용문제는 거의 주지의 사실과 다름없으며, (아래 제5장 제1절 참조) 특히 ICC 소추관이 자기회부국에게 사태를 ICC에 회부하도록 조장하였다는 비판에 직면하기도 하였다. Andreas T. Müller & Ignaz Stegmler, *supra* note 10, pp. 1271-1272; Phil Clark, *Distanced Justice – The Impact of the International Criminal Court on African Politics* (Cambridge University Press, 2018), pp. 63-65 참조. 그밖에 ICC가 국제정의를 추구하고자 하는 노력이 분쟁당사자의 평화협상이나 분쟁 해결에 어느 정도 기여하고 있는가에 대한 의문도 지속되고 있다. *supra* note 35 참조. 마지막으로, 유엔 안보리의 상임이사국 중 미국, 러시아, 중국이 ICC의 당사국이 아닐 뿐 아니라 심지어 우호적이지 않다는 점과 소추관의 광범위한 권한 향유, ICC의 대부분의 사건과 사태가 아프리카에 집중됨으로써 식민지경영세력에 의해 운영되는 편파적인 재판소라는 인상을 주는 점 등 여타 많은 문제점과 비판에 직면해 있다. 김형구, “평화의 회복을 위한 국제형사재판의 현황과 한계: 국제형사재판소의 Al-Bashir사건을 중심으로”, *평화학연구* 제12권 4호 (2011년), pp. 19-20 참조.

12) 우리나라의 경우 대표적인 연구물로는 최태현, “국제형사재판소의 관할권



칙과 관련된 해석론은 2000년대 중반 이후 본격적으로 생성된 ICC 판례의 내용과 취지를 반영하지 못하고 있으며, 이로 인해 신규 판례를 통해 형성된 각종 기준론과 개념들을 전반적으로 포함하지 못하는 문제를 안고 있다.

2000년대 중반 이후 ICC에서 보충성원칙과 관련한 판례가 생성되면서부터 연구의 중심은 특정 쟁점에 대한 담론으로 이어졌다. 먼저 재판적격성 결정기준과 관련하여, ‘2단계 평가’ 기준의 적용을 둘러싼 각 재판부의 입장차에 대한 비판론, 다수의 ICC 사건에서 적용되었던 ‘동일인물, 동일행위’ 기준의 적절성에 대한 비판론, ‘능력부재’ 개념의 적용방식에 대한 비판론, ‘의사부재’ 개념에 대한 해석론, ‘의사부재’와 ‘적법절차’의 관계문제 등이 그러한 예시들이다.<sup>13)</sup>

---

행사의 구도”, 국제인권법 제5호 (2002년), pp. 79–117이 있다. 국외 단행본의 경우, Antonio Cassese *et al.*(eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, 2002); Roy S. Lee, *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law International, 1999); F. Razesberger, *The International Criminal Court–The Principle of Complementarity* (Peter Lang, 2006); William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (3rd ed.) (Cambridge University Press, 2007); Jann K. Kleffner, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford University Press, 2008) 등이 대표적인 저작물들이다.

- 13) 이러한 문제들에 대한 대표적인 논의는 Nidal Nabil Jurdi, “The Prosecutorial Interpretation of the Complementarity Principle: Does It Really Contribute to Ending Impunity on the National Level?”, 10 *International Criminal Law Review* 73 (2010); Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 6; Susana Sácouto & Katherine Cleary, “The *Katanga* Complementarity Decisions: Sound Law but Flawed Policy”, 23 *Leiden Journal of International Law* 363 (2010); Ben Batros, “The Judgment on the *Katanga* Admissibility Appeal: Judicial Restraint at the ICC”, 23 *Leiden Journal of International Law* 343 (2010); Frédéric Mégret & Marika Giles Samson, “Holding the Line on Complementarity in Libya: The Case for Tolerating Flawed Domestic Trials”, 11 *Journal of International Criminal*

그러나 이러한 비판론들은 그 비판내용에 대한 정확한 해석론이나 대안을 제시하지 못하고 있다. 첫째, 이러한 비판론은 ICC의 관련 재판부들이 ‘2단계 평가’ 기준을 상이하게 적용하고 있다는 문제점을 지적하고는 있지만, 정작 그러한 기준을 적용하는 방식에 대해서 명확한 해답을 제시하고 있지 못하다. 둘째, ‘동일인물, 동일행위’ 기준이 지나치게 높게 설정되어 있다는 비판 내지 그에 대한 대안 제시가 있었지만,<sup>14)</sup> 이러한 비판론은 로마규정의 규범적 해석과 일치하지 않는 등의 근본적인 문제를 지니고 있다. 셋째, 의사부재는 국가가 수사나 기소를 처음부터 아니면 도중에 하지 않겠다는 ‘사실상의 의사 표명’을 의미할 수도 있고, 아니면 국가가 ‘진정으로 수사나 기소를 행할 의사가 없다’는 것을 가리킬 수도 있다. 즉 ‘의사부재’는 이중적 의미를 가지고 있는 것으로 해석된다. 그런데 ICC 재판부뿐 아니라 일부 학자들은 이러한 의사부재의 이중적 의미를 간과하고 있는 것으로 보인다.<sup>15)</sup> 넷째, 소위 ‘자기회부’를 ‘보충성원칙 적용의 포기’로 볼 수 있

---

*Justice* 571 (2013); Anna Bishop, “Failure of Complementarity: The Future of the International Criminal Court Following the Libyan Admissibility Challenge”, 22 *Minesota Journal of International Law* 388 (2013); Payam Akhavan, “Complementarity Conundrums”, 14 *Journal of International Criminal Justice* 1043 (2016); Jennifer Trahan, “The International Criminal Court's Libya Case(s)—The Need for Consistency with International Human Rights as to Due Process and the Death Penalty”, 17 *International Criminal Law Review* 803 (2017) 참조.

14) 이와 관련한 주장은 Christopher Totten *et al.*, “The ICC Kenya Case: Implications and Impact for *Proprio Motu* and Complementarity”, 13 *Washington University Global Studies Law Review* 699 (2014); Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 13 참조.

15) Mohamed M. El Zeidy, “The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC”, 5 *International Criminal Law Review* 83 (2005); Linda M. Keller, “The Practice of the International Criminal Court: Comments on “The Complementarity Conundrum””, 8 *Santa Clara*

는지 여부를 둘러싼 찬·반 논쟁은 문제제기에 그칠 뿐 ICC 판례분석 등을 통해 법적·사실적 의미를 충분히 분석하는 데에는 미치지 못하고 있다.<sup>16)</sup> 다섯째, 사면이나 비형사적 책임추궁제도와 보충성원칙의 관계와 관련하여, ‘평화 대 정의’의 관점에서 그 접점을 모색하려는 시도들은 그 대안제시에 한계를 노정하고 있다.<sup>17)</sup> 따라서 이러

---

*Journal of International Law* 199 (2010); Elizabeth Garcia, “Determining When a State is “Unable or Unwilling” to Prosecute a Suspected War Criminal: In Principle and Practice”, 31 *Singapore Law Review* 57 (2013).

- 16) 이와 관련한 내용은 백기봉, “국제형사재판소(ICC)에 의한 관할권 행사 유형별 쟁점 검토”, 형사법의 신동향 통권 제28호 (2010년), pp. 148-197; Andreas T. Müller & Ignaz Stegmüller, *supra* note 10; Ben Batros, *supra* note 13, p. 355; Manoush H. Arsanjani & William M. Reisman, “Law-in-Action of the International Criminal Court”, 99 *American Journal of International Law* 385 (2005), p. 386; Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 13, p. 95; Payam Akhavan, “International Criminal Justice in the Era of Failed States: The ICC and the Self-Referral Debate”, in Carsten Stahn & Mohamed M. El Zeidy (eds.), *The International Criminal Court and Complementarity – From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011), p. 283; V. Seshaiiah Shasthri, “Self Referrals” by States and Criminal Prosecutions before the International Criminal Court”, 11 *ISIL Yearbook of International Humanitarian & Refugee Law* 378 (2011); Daniel D. Ntanda Nsereko, “The ICC and Complementarity in Practice”, 26 *Leiden Journal of International Law* 427 (2013); William A. Schabas, “The rise and fall of complementarity”, in Carsten Stahn & Mohamed M. El Zeidy (eds.), *The International Criminal Court and Complementarity – From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011) 참조.

- 17) Danielle E. Goldstone은 로마규정 기초자들이 정의와 평화 문제에 대해 염두에 둔 것은 주로 “국제정의 추구와 유엔 헌장에 규정된 국제 평화와 안전의 유지 필요성 사이의 정교한 균형유지”였다고 한다. Danielle E. Goldstone, “Embracing Impasse: Admissibility, Prosecutorial Discretion, and the Lessons of Uganda for the International Criminal Court”, 22 *Emory International Law Review* 761 (2008), p. 781. Alexander K.A. Greenawalt는 보충성원칙을 담고 있는 로마규정은 대량 폭력사태에서 회복하려는 국가들이 형사정의를 위해 어느 정도까지 조치를 취해야 하는가의 기본적인 문제에 답하지 못하고 있다고 한 바 있다. Alexander K.A. Greenawalt, “Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and

한 문제들에 대한 검토가 필요하다.

## 제2절 연구의 목적과 범위

ICC는 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄의 불처벌을 막기 위해 설립된 형사재판소이며, 그 기저를 이루고 있는 보충성원칙은 법규범적 의미에 더욱 충실하고 일관성 있게 해석되고 적용되어야 한다. ICC의 지속가능성 여부는 상당부분 로마규정의 가장 중요한 원칙 중 하나인 보충성원칙의 일관성 있는 적용에 있다고 해도 과언이 아니다.<sup>18)</sup> 보충성원칙이 그 본래의 의미에 따라 향후 ICC의 관찰

---

International Criminal Court”, 50 *Virginia Journal of International Law* 107 (2009), p. 110. Adrian Taylor는 우간다 사태와 관련하여 The Lord's Resistance Army(이하 LRA) 지도자들에 대한 ICC의 체포영장 발부가 우간다 정부와 반군 LRA 사이의 평화협상에 장애가 된다면 소추관이 로마규정 제53조 제4항(‘소추관은 새로운 사실이나 정보를 근거로 수사 또는 기소의 개시 여부에 대한 결정을 언제든지 재고할 수 있다’)에 따라 사건을 종료시킬 수 있다고 보고 있다. Adrian Traylor, “Uganda and the ICC: Difficulties in Bringing the Lord's Resistance Army Leadership before the ICC”, 6 *Eyes on the ICC* 23 (2009–2010), p. 37. H. Abigail Moy에 따르면, 진실위원회가 범죄자를 형사처벌로부터 보호하려는 것이 아니라 분쟁해결을 주요 목적으로 한다면 진실위원회의 조사활동을 범죄 ‘수사’를 위한 적절한 시도로 여길 수 있다고 한다. H. Abigail Moy, “The International Criminal Court's Arrest Warrants and Uganda's Lord's Resistance Army: Renewing the Debate over Amnesty and Complementarity”, 19 *Harvard Human Rights Journal* 267 (2006), p. 273. 이 외에 정의와 평화에 대한 논의는 Robin Murphy, “Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC”, 3 *Eyes on the ICC* 33 (2006) 참조.

- 18) 보충성원칙은 ICC 설립을 위한 본질적인 요소(an essential element)로 간주되어왔다. Report of the *Ad Hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1995 (UN Doc. A/50/22), p. 6, para. 29. 또한 Amy Senier, “Introductory Note to International Criminal Court: Prosecutor v. katanga & Chui”, 49 *International Legal Materials* 45 (2010), p. 45 참조.

권과 국가관할권 사이의 간극을 메우고 서로의 기능을 보완하는 데 기여할 것인지, 아니면 반대로 양자 간에 내재된 갈등에서 벗어나지 못할 것인지 여부는 ICC 존속에 필수적인 신뢰성과 효율성, 그리고 일관성 제고와 직결되기 때문이다. 이러한 문제의식 하에, 이 논문에서는 로마규정에 반영된 보충성원칙의 규범적 의미를 연구하고 이것이 ICC 사건에서 어떻게 구현되고 있는지 규명하고자 한다.

이를 위해, 이 논문에서는 크게 두 가지 관점에서 논의를 전개한다. 첫째, 로마규정에 반영되어 있는 보충성원칙은 법규범으로서의 엄격한 법리적 해석에 입각하여 적용될 필요가 있다. 둘째, 로마규정상 보충성원칙은 그 본래의 취지와 목적에 맞게 국가의 일차적 관할권 행사와 ICC의 보충적인 관할권 행사 사이의 조화를 지향해야 한다.

이러한 기본방향을 토대로, 법원칙 내지 법규범으로서 로마규정에 반영되어 있는 보충성원칙은 다음과 같이 네 가지 사항을 중심으로 검토될 필요가 있다.

첫째, 보충성원칙이 ICC에서의 절차단계에서 갖는 의미와 내용을 살펴봄으로써 보충성원칙의 절차적 함의가 무엇인지 살펴본다(제2장).

둘째, 보충성원칙은 로마규정에서 실체적 성격을 지니는 재판적격성 결정기준의 한 축을 이루고 있다. 따라서 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙의 의미와 내용, 그리고 이 원칙으로부터 파생된 관련 기준들의 의미를 명확히 규명하기 위해, 이론적 분석과 함께 ICC 판례에 대한 검토가 필요하다. 특히 이러한 검토에는 (i) 재판적격성 평가대상으로서의 ‘사건’의 의미, (ii) ‘2단계 평가’ 방식에 따른 재판적격성 결정 문제에 대한 분석이 포함된다. 또한 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙이 ICC 관련 사건에서 어떻게 적용되고

있는지에 대한 분석과 평가도 함께 이루어질 것이다(제3장).

셋째, 사건에 대해 관할권을 가지는 국가가 관련 사건에 대해 국내적으로 수사나 기소, 또는 불기소처분을 하였더라도, ‘일정한 사유’가 있는 경우에 ICC는 사건의 재판적격성이 있다고 결정할 수 있다. 여기서의 ‘일정한 사유’란 수사나 기소의 진정성 부재, 의사부재, 그리고 능력부재를 말한다. 따라서 이러한 재판적격성 예외사유의 유형별 내용과 관련 쟁점에 대한 검토를 행할 필요가 있다. 특히 검토할 필요가 있는 관련 쟁점들에는 국가가 국내적으로 적법절차를 위반하였을 경우 이것이 의사부재에 해당하는지의 문제와 능력부재 개념의 적용상 문제에 관한 사항들이 포함된다(제4장).

넷째, 로마규정 채택 당시 각국 대표들은 관할권을 가지는 국가가 자국 영토에서 발생한 사태(situation)를 스스로 처리하지 않고 오히려 그러한 사태를 ICC에 회부하는 ‘자기회부’(self-referral) 상황을 예상하지 못했다. 그런데 관할권을 가지는 국가가 자기회부를 한 경우, 이를 보충성원칙 적용의 포기로 볼 수 있는가의 문제가 제기된다. 그리고 ICC 관할범죄를 범한 자에 대해 국가가 국내적으로 사면(amnesty)을 부여하거나 진실화해위원회(Truth and Reconciliation Commission) 등 비형사적인 성격의 제도를 이용하여 책임을 추궁하고자 하는 경우, 이러한 사면이나 비형사적 책임추궁이 보충성원칙과 부합될 수 있는지에 대한 문제도 발생한다. 따라서 이러한 사항들에 대한 검토가 필요하다(제5장).

한편, 이 논문에서는 보충성원칙과 관련한 ICC의 판례를 주된 분석의 대상으로 삼고 있다. 그런데 ICC의 운용기간이 비교적 단기이고 아직 많은 수의 판례가 축적되지 않은 점을 고려하여, 보충성원칙과

관련 있는 ICC 각 재판부, 즉 전심재판부·1심재판부·상소심재판부의 입장을 전반적으로 분석함으로써 ICC의 견해를 더욱 면밀히 살펴보고자 한다. 이는 최종심의 견해만을 주된 분석의 대상으로 삼는 국내 판례의 분석방식과 근본적으로 차이가 있다.

## 제2장 보충성원칙의 의의와 적용단계

### 제1절 보충성원칙의 의의

#### 1. 국제사회의 상호공존의 핵심 기제로서의 보충성

오늘날 국제법의 근간이 된 웨스트팔리아 체제(Westphalia system)는 근대 주권국가(sovereign state)의 성립을 토대로 한다. 개별 주권 국가가 향유하는 대외적 독립, 대내적 최고의 권한인 주권(sovereignty)은 여타 실체에 의한 간섭을 배제하는 불가침의 속성을 핵심으로 한다. 이러한 주권국가 중심의 근대 국제질서는 20세기 이후 양차 대전을 겪으면서 변모하기 시작한다.<sup>19)</sup> 초국가적 거버넌스의 등장, 인권에 대한 국제적 보호의 증진, 비국가행위자의 등장과 같은 다양한 변화가 나타난 것이다.

이러한 변화 속에 주권국가의 기능이 효율적으로 작동하지 못하는 분야에서는 국제사회가 개입할 가능성이 커지고 있는 점이 특징이다. 이러한 분야는 인권, 무력사용, 국제형사법 등 다방면에 걸쳐 있다. 인권 관련 국제기구나 국제재판소의 국가인권정책 등에의 개입, 보호책임론(responsibility to protect: R2P)의 등장, 국제형사법 발전의 결실인 국제형사재판소의 설립 등이 그러한 대표적인 예이다.

이러한 변화는 거시적 관점에서 볼 때 국제법 담론을 지배하던 근대주권국가의 주권 개념이 변화한 결과로 이해하는 시각도 있을 수 있다. 그러나 오늘날에도 여전히 국제질서의 근간은 불가침의 주권

---

19) 이에 대한 내용은 정인섭, *supra* note 4, pp. 17-22 참조.



개념에 토대한 주권국가에 있다. 이 점에서 주권의 본질에 대한 변화가 초래되었다고 보기는 힘들 것이다.

한편, 주권의 불가침성은 국내문제에 대한 배타적 관할권의 행사를 의미한다. 국제기구 등에 의해 국내문제에 대한 다양한 개입가능성이 열린 것도 사실이나, 이는 일정한 제한 속에서 인정되고 있다. 비록 분야별로 그 용어나 적용양상은 조금씩 다르나 국제사회의 국내문제 개입에 있어서는 보충성의 원칙이 작동하고 있다.<sup>20)</sup>

---

20) 보충성원칙은 정치적 내지 법적 질서 내에서 중앙과 여러 구성단위 사이의 '권한 배분이나 행사 방식'(how to allocate or use authority)을 규율하는 것으로 설명되기도 한다. Andreas Follesdal, "The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law", 2 *Global Constitutionalism* 37 (2013), p. 37. 또한, 보충성원칙은 국제사회와 주권국가 간에 발생하는 권한 행사의 문제, 즉 국제법에 의해 국가주권을 제한함에 있어서 이를 정당화하는 과정을 구조화하는 데 기여하는 것으로 이해될 수 있다. Mattias Kumm, "Sovereignty and the Right to Be Left Alone: Subsidiarity, Justice-Sensitive Externalities, and the Proper Domain of the Consent Requirement in International Law", 79 *Law and Contemporary Problems* 239 (2016), p. 240. 유럽연합조약(Treaty on the European Union)상 보충성원칙은 일반적으로 '낮은 단계의 우선성(lower level priority)을 추정(presume)하는 역할분담의 원리'로 이해되기도 한다. 예컨대, 제도적 위계(institutional hierarchy) 또는 다층적 정치질서(multi-level political order)가 존재할 때, 거버넌스 사안은 특정한 예외 사유가 없는 한 위계의 더 낮은 층위에서 우선 해결한다는 것이다. 송지우, "주권과 보충성: 개념 검토를 통해 본 국제법 규범이론의 필요성", 법철학연구 제21권 제2호 (2018년), pp. 386-387. 이에 대해, 유럽연합조약상 보충성원칙은 '공유적 권한으로서 회원국과 유럽연합이 경합하는 권한의 경우에 회원국과 유럽연합 중 어느 주체가 해당 권한을 행사하여야 하는지를 기능적인 측면에서 결정하는 원칙'으로 설명하는 견해도 있다. 박인수, "유럽연합의 권한배분과 행사원칙", 유럽헌법연구 제11호 (2012년), p. 25. 한편, M. Cherif Bassiouni에 의하면, 국제형사법에 적용되는 국제적 및 국내적 규범은 일정 부분 상호 보충적인 관계를 띠고 있다고 한다. 그는 양 규범이 상호간에 영향을 미치며 각기 서로의 규범을 받아들일 수 있다는 점을 강조한다. 그리고 양 규범간의 상호작용은 비록 느리지만 조화의 과정(a process of harmonization)을 통해 관계개선과 궁극적인 통합으로 이어질 수 있다고 주장한다. M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition* (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), pp. 19-21. 한편, William A. Schabas에 따르면, 로마규정 성안단계에서 'complementarity'

보충성의 원칙은 통상 주권국가의 활동에 대한 국제사회의 개입여지를 인정하되 그러한 개입은 필요한 경우에 한해 보충적으로 이루어져야 한다는 원칙으로 설명된다.<sup>21)</sup> 예컨대 Paolo G. Carozza는 국제인권법의 적용에 있어 보충성의 원칙에 대해 다음과 같이 설명한다.

“국내 기구(local bodies)가 [...] 인권이라는 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여, 국제사회의 상위의 공동체들이 개입할 책임을 가진다. 상위 공동체의 補助(subsidium)는 하위 공동체의 정당한 목적 추구의 자유를 박탈하거나 침해하지 않도록 하면서 [...].”<sup>22)</sup>

위의 설명에서 개별국가와 국제기구 내지 국제재판소의 관계를 상하위의 위계질서로 이해하는 것에는 다소 의문이 있을 수 있다. 그러나 위의 설명에 나타난 국제사회의 제한적 개입의 관념은 보충성원칙의 요체를 잘 나타내는 표현이라 하겠다. 즉 이 원칙의 핵심은 개별국가의 주권에 대한 존중과 국제사회의 예외적 개입가능성과의 조화 내지 균형에 있다. 다만 이러한 조화와 균형은 결코 쉬운 일이 아니다. 자칫 국내문제에 대한 과도하거나 무분별한 개입은 개별국가의 주권 내지 배타적 관할권에 대한 침해 문제를 야기할 수 있다. 반면

---

가 선택된 이유는 단지 유럽연합이 유의어인 ‘subsidiarity’를 이미 사용하고 있었기 때문이라고 한다. William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (5th ed.) (Cambridge University Press, 2011), p. 172(송지우, *op. cit.*, p. 399, note 58에서 재인용).

21) “Applying the principle of subsidiarity to the international community, as with any other level of human association, would generate a responsibility for that order to intervene and assist, but would prohibit it from taking over what more local communities can accomplish by themselves.” Paolo G. Carozza, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, 97 *American Journal of International Law* 38 (2003), p. 57.

22) *Ibid.*, pp. 58, 67.

국제사회가 국내문제에 개입할 필요성이 있음에도 그 개입을 과도하게 자제하는 경우에는 국제사회가 추구하는 인권과 정의의 보편적 가치를 저해하고 국제사회의 임무를 방기하게 되는 결과를 초래할 수 있다. 결국 보충성원칙의 명확하고 적절한 운영은 오늘날 주권국가와 국제사회의 상호 공존의 핵심적 기제가 될 수 있는 것이다.

## 2. 보충성원칙의 개념과 기능

‘보충적’이라는 용어의 통상적인 의미는 ‘다른 무엇을 완성시키는 것’(completing something else) 또는 ‘짝을 맞추거나 온전히 전체가 되게 하는 것’(making a pair or a whole)으로 설명할 수 있다.<sup>23)</sup> ‘보충성’은 서로 다른 부분들의 관계를 지칭하며, 양자 사이를 보충하는 사물의 상태를 의미한다. 즉 그 밖의 어떤 것을 완성시키거나 완전하게 하는 것, 다른 무엇의 결함을 채워주는(supply) 것, 또는 다른 어떤 것들과 함께 하나의 단일체(a unit)를 형성하는 그 무엇으로 이해될 수 있다.<sup>24)</sup> 또한 사전적 의미로 보충성은 ‘입법, 행정, 또는 범죄의 기소와 관련하여 관할권이 중첩되지 않도록 규율하는 법원칙’으로 정의할 수 있다.<sup>25)</sup> 이를 ICC의 관할권과 국가관할권 사이의 관계에 적용하면, 보충성은 ‘국제범죄를 범한 자들을 기소하는 과정에서 발생하는 간극들을 메우는 것’을 의미한다.<sup>26)</sup>

로마규정은 ‘보충성’(complementarity)이라는 용어를 직접 사용하고

---

23) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 100.

24) *Ibid.*

25) English Oxford Living Dictionaries 참조([http://oxforddictionaries.com/definition/american\\_english/complementarity](http://oxforddictionaries.com/definition/american_english/complementarity)).

26) Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 21.

있지 않다. 또한 이 용어의 정확한 개념도 규정하고 있지 않다. 다만 로마규정 전문 제10항과 제1조에서 ICC가 ‘국가의 형사관할권을 보충한다’고 규정하고 있을 뿐이다.<sup>27)</sup> 그렇지만, 전문과 제1조에서 ‘보충적’(complementary)이라는 용어를 중복적으로 언급하고 있다는 것은 국가들이 보충성원칙에 강한 의미를 부여하고 있음을 반영하는 것으로 볼 수 있다.<sup>28)</sup> 이러한 중요성은 제1조에서 ICC의 ‘상설성’과 ‘국제적 관심사인 가장 중대한 범죄에 대한 관할권을 행사할 ICC의 권한’과 함께 ‘보충성’을 ICC의 3가지 핵심 속성 중의 하나로 포함하고 있는 점에서도 알 수 있다.

그러나 로마규정은 전문과 제1조에서 ‘국가의 형사관할권을 보충한다’고 언급하고 있지만, 그 법적 결과, 적용 대상, 세부 내용, 그리고 적용 조건을 밝히고 있지는 않다.<sup>29)</sup> 전문과 제1조는 ICC를 운용하기 위한 일반적인 목표와 근본적인 요소로서의 보충성의 개념을 로마규정에 포함시키고 있을 뿐이다. 따라서 전문과 제1조는 ‘보충성’을 ‘법규’(legal rule)라기 보다는 ‘법원칙’(legal principle)으로서 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>30)</sup> 즉 보충성이라는 용어의 일반적 의미를 고

27) ‘보충적’(complementary)이라는 용어는 1994년 ILC Draft Statute에 등장하였으며, 이후 ‘보충적’이라는 용어의 파생어이자 ‘보충성’과 일치하는 프랑스 용어 ‘complémentarité’가 로마규정 협상 용어로 사용되었다. Oyo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 24.

28) 보충성은 실제 관할권을 가지는 국가가 형사문제에 대한 통제를 유지하고 ICC의 권한범위를 제한하기 위한 강력한 장치이다. Linda E. Carter, “The Future of the International Criminal Court: Complementarity as a Strength or a Weakness?”, 12 *Washington University Global Studies Law Review* 451 (2013), p. 454.

29) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 99–100.

30) 법원칙과 법규의 차이에 대해서는 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*(Harvard University Press, 1977), pp. 22–24 참조(Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 100 note 3에서 재인용). 법규는 ‘양자택일’ 방

려할 때 ICC는 국가형사관할권의 결함 내지 부족분을 채워주는 역할을 하며, ICC의 관할권과 국가형사관할권 양자는 ICC 관할범죄의 근절을 위한 일체를 형성하고 있다.<sup>31)</sup>

또한 전문과 제1조는 국가형사관할권과 ICC의 관할권 사이의 상호공동의 역할을 구상하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 전문 제4항은 국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄에 대한 실효적인 기소는 ‘국내적 수준에서 조치를 취하고 국제협력을 제고함으로써 확보되어야 함’을 분명히 하고 있다. 즉 가장 중대한 범죄의 불처벌에 대처하기 위해 국내적 수준과 국제적 수준이 서로 강화되도록 하는 구상인 것이다.

이러한 태도는 로마규정 전문에서 일관되게 나타난다. 전문 제5항은 국내적이건 국제적이건 어느 한 수준의 집행체제만으로는 ‘이러한 범죄를 범한 자들이 처벌받지 않는 상태를 종식시키고, 이를 통하여 그러한 범죄의 예방에 기여’한다는 궁극적인 목적을 달성시킬 수 없다는 점을 밝히고 있다. 더 나아가, 전문 제6항은 ‘국제범죄에 책임이 있는 자들에 대하여 형사관할권을 행사함이 모든 국가의 의무’임을 상기시키고 있다. 그러므로 보충성의 개념에는 국내법원에서 국제범죄에 대처할 의무에 부응할 의사나 능력이 없는 경우 당사국들이 국제적인 수준에서 집단적인 대응을 할 수 있다는 점이 포함되어 있다.

---

식(all-or-nothing fashion)으로 적용된다. 어떠한 법규가 규정하고 있는 사실관계(the facts)를 고려할 때, 그러한 법규에서 제시한 답이 수락되는 경우에는 그 법규는 유효하지만, 어떠한 결정이나 판단에 아무런 기여를 하지 못하는 경우에는 효력이 없다. 반면, 법원칙은 규정된 조건이 충족되더라도 곧바로 법적 결과를 발생시키지 않는다. 오히려, 법원칙은 일반적인 목표와 가치를 법률에 포함시키고 있으며, 대체로 그 적용대상과 세부내용, 그리고 적용조건의 어느 것도 명확하게 밝히지 않는다.

31) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 100.

또한 보충성 제도는 범죄의 수사와 기소의 1차적인 책임을 국가에 맡겨둠으로써 국가가 관할권을 행사하도록 촉진하고 국제형사법상 국내적 이행제도를 더욱 실효적으로 만드는 데 기여한다.<sup>32)</sup>

전문의 각 조항을 살펴보면, ICC가 ‘국가형사관할권을 보충한다’는 것은 일반적으로 관할권을 가지는 국가가 ICC 관할범죄에 대처할 일차적 책임이 있음을 의미한다. 따라서 ICC는 단지 ‘국제형사분야의 질서’를 완성시키는 ‘상설적인 최종재판소’로서의 역할을 수행하는 반면, 관할권을 가지는 국가는 불처벌의 종식이라는 궁극적인 목적을 달성하는 데 없어서는 안 될 존재로서 간주된다. 결국, 보충성은 일종의 ‘간접(또는 대리)관할권’(vicarious jurisdiction)과 유사한 임무를 ICC에 부여하고 있다.<sup>33)</sup>

보충성원칙은 ICC의 권한을 제약하는 실용적 원리이자 제한원리<sup>34)</sup>로서 다음과 같은 기능을 수행한다. 첫째, 보충성원칙은 국가의 관할권 행사를 포함한 국가주권을 보호한다. 다만 전문에 나타나 있듯이, 관할권을 가지는 국가가 ICC 관할범죄에 대해 책임 있는 자를 처벌할 의무를 이행하지 않을 경우 ICC가 국제적 수준에서 대처할 수 있다. 이는 국제형사사법제도의 효율성을 제고시키는 데 기여할 수 있다.<sup>35)</sup> 둘째, 보충성원칙은 국제범죄를 실효적으로 기소하고 불처벌 상태를 종식시키며, 향후 그러한 범죄가 재발되지 않도록 함으로써 국

---

32) Markus Benzing, “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity”, 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 591 (2003), p. 596.

33) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 101.

34) Michael A. Newton, *supra* note 4, p. 123.

35) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 596.

제공동체의 이익을 제고시키는 데 기여할 수 있다. 보충성원칙은 이러한 이익들과 국가 주권 사이의 적절한 균형점을 제시하고 있다.<sup>36)</sup> 셋째, 보충성원칙은 국제형사사법의 국내적 집행에 있어서 피의자의 인권 보호를 도모한다. 즉 국가주권과 국제인권의 균형을 이루는 데 기여할 수 있다.<sup>37)</sup> 로마규정 제17조가 ‘국제법에 의해 승인된 적법절차의 원칙’ 등을 고려하고 있다는 점에서 그러하다.<sup>38)</sup> 넷째, 보충성원칙은 실제로 관할권을 가지는 국가가 아무런 조치를 취하지 않을 경우 ICC가 ‘최후의 보루로서의 재판소’로서 기능하게 한다는 점에서 ICC의 자원상의 한계를 극복할 수 있게 한다. 다섯째, 보충성원칙의 가장 중요한 역할 중 하나는 당사국이 ICC 관할범죄에 대한 자신의 관할권을 강화시킬 수 있도록 로마규정의 국내적 이행입법을 촉진시킨다는 점이다.<sup>39)</sup> 즉 국가는 능력부재상황으로 선언되는 것을 회피하기 위해서 뿐만 아니라 ICC 관할범죄를 수사하고 기소할 자신의 기본적 권리를 확보하기 위해서 로마규정의 요건들에 부합하도록 자국의 사법제도를 확립하지 않을 수 없다.<sup>40)</sup> 로마규정의 국내적 이행이

36) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 597; Claire Brighton, *supra* note 5, p. 631; Samuel C. Birnbaum, *supra* note 5, p. 314.

37) Frank Meyer, “Complementing Complementarity”, 6 *International Criminal Law Review* 549 (2006), p. 553.

38) 로마규정 제17조 제2항 : “특정 사건에서의 의사부재를 결정하기 위하여, ICC는 국제법에 의하여 인정되는 적법절차의 원칙에 비추어 [...]”

39) Lijun Yang, “On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, 4 *Chinese Journal of International Law* 121 (2005), p. 123. 한국은 2007. 12. 21. 법률 제8719호로 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」을 제정하였다. 제1조 (목적)는 ‘이 법은 인간의 존엄과 가치를 존중하고 국제사회의 정의를 실현하기 위하여 「국제형사재판소에 관한 로마규정」에 따른 국제형사재판소의 관할범죄를 처벌하고 대한민국과 국제형사재판소 간의 협력에 관한 절차를 정함을 목적으로 한다’고 명시하고 있다. 이 법에 대한 자세한 해설은 김영석, 국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서, 법무부, 2008. 10. 참조.

야말로 ICC의 성공과 지속가능성을 담보할 수 있다.<sup>41)</sup>

그렇지만 보충성원칙은 여전히 ‘임의적인’ 요소도 내포하고 있다.<sup>42)</sup> ICC 관할범죄를 진정으로 수사하고 기소할 능력이 상대적으로 취약한 국가들은 자국 내 범죄피의자들이 ICC에서 처벌되도록 할 여지가 있는 반면, 강대국들은 ICC가 자국의 관할권에 개입하는 것을 꺼릴 수 있기 때문이다. 이는 ICC가 서구 중심의 사고의 산물이라는 비판을 야기할 수 있다. 그렇지만 국가의 우선권을 인정하면서도 해당 국가가 기소할 권리나 의무를 진정으로 이행하지 못할 경우에 ICC가 개입할 수 있도록 한 데에는 ‘개별국가들의 동의’가 있었기 때문이라는 점에서 위의 비판이 타당하다고 볼 수는 없다.<sup>43)</sup> 다만 이러한 비판을 잠재우기 위해서 ICC의 보충적인 개입은 로마규정에 대한 정확하고 엄격한 해석에 따라 이루어질 필요가 있다.

### 3. 보충성원칙과 ICC의 재판적격성 간의 관계

관할권은 일반적으로 물적(*ratione materiae*), 시간적(*ratione temporis*), 장소적(*ratione loci*), 그리고 인적(*ratione personae*) 사항에 관한 ICC 운용의 법적 한계를 의미한다.<sup>44)</sup> 로마규정은 제5조-제8조의2에서 4가지 유형의 ICC 관할범죄를, 그리고 제11조에서 시간적

---

40) Lijun Yang, *supra* note 39, p. 124.

41) Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 23.

42) Elizabeth Garcia, *supra* note 15, p. 62.

43) Claire Brighton, *supra* note 5, p. 632(The ability of the ICC to do this is derived from the consent of those very states whose sovereignty it overrides).

44) Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 27.



관할권을 규정하고 있다. 또한 제12조는 관할권 행사의 전제조건을, 그리고 제13조는 ICC가 관할권을 행사하기 위한 3가지 유형의 제소 장치(trigger mechanism)를 규정하고 있다.

한편, 재판적격성은 ICC의 관할권이 어떠한 경우에 행사될 수 있는지를 규율한다. 이러한 점에서, 관할권과 재판적격성의 문제는 상호 밀접한 관련이 있으면서 동시에 상호 구분되어 적용된다. ICC는 사건의 재판적격성이 없는 경우 자신의 관할권을 행사할 수 없다.<sup>45)</sup> ICC 절차및증거규칙 제58(4)조는 ‘재판소가 먼저 관할권의 대한 이의제기나 문제에 대해 판단하고, 그 다음에 재판적격성에 대한 이의제기나 문제를 판단’하도록 하고 있다.

그런데 로마규정은 보충성의 문제를 ICC의 관할권보다 사건(case)의 재판적격성에 적용되는 것으로 정의하고 있다.<sup>46)</sup> 따라서 보충성원칙은 재판적격성에 관한 조문을 통해서 ICC가 관할권을 행사할 수 있는 상황을 상당히 제한할 수 있다.<sup>47)</sup> 그렇지만 보충성원칙은 그 자체로 재판소 관할권의 존재(existence)에 영향을 미치지 않는다.

#### 4. 보충성의 유형

---

45) John T. Holmes, "Complementarity: National Courts *versus* the ICC", in Antonio Cassese *et al.*(eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, 2002), p. 672.

46) Sascha Dominik Dov Bachmann & Eda Luke Nwibo, *supra* note 4, p. 485; Claire Brighton, *supra* note 5, p. 631; Jakob Pichon, "The Principle of Complementarity in the Cases of the Sudanese Nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court", 8 *International Criminal Law Review* 185 (2008), p. 188.

47) Anna Bishop, *supra* note 13, p. 392.

#### 4-1. 소극적 보충성

로마규정을 입안하는 과정에서 ‘보충성’이 본질적으로 수동적인 성격을 띄는 것이라는 견해가 널리 공유되었다. 즉 ICC는 국가가 진정으로 범죄를 수사하고 기소함으로써 불처벌을 종식시킬 의무를 이행하지 못할 때 개입하는 ‘최후의 보루로서의 재판소’일 뿐이며, 보충성은 특정 사건들에 대한 재판적격성 결정기준일 뿐이라는 것이다.<sup>48)</sup> 또한 이러한 성격의 보충성은 재판적격성 결정기준에 대한 엄격한 평가를 포함하고 있으며, 이로 인해 ICC의 소추관은 국가 당국이 기소하지 못하거나 ICC가 관할권을 가지는 경우에만 피의자를 수사하고 기소할 수 있을 뿐이다.<sup>49)</sup>

따라서 Christopher K. Hall은 ICC의 한정된 자원을 고려할 때 다수의 국가들이 속지주의와 역외관할권을 모두 사용하여 ICC 관할 범죄를 수사하고 기소할 의무를 이행할 정치적인 의지가 있어야 국제 정의에 의미있는 기여를 할 수 있을 것이라고 밝혔다.<sup>50)</sup> 그리고 Ovo Catherine Imoedemhe는 이러한 유형의 보충성은 국가로 하여금 국제 범죄를 자국 형사법에 규정하고 관련 기관 및 전문인력을 자체적으로 보유할 의무를 부과하고 있다고 하였다.<sup>51)</sup>

---

48) Christopher K. Hall, “Positive complementarity in action”, in Carsten Stahn & Mohamed M. El Zeidy(eds.), *The International Criminal Court and Complementarity – From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011), p. 1017; Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 44. 한편, Ben Batros는 보충성의 이러한 측면을 ‘이진법’(a binary system)적인 것으로 보고 있다. Ben Batros, *supra* note 13, p. 359.

49) M. Christopher Pitts, “Being able to Prosecute Saif Al-Islam Gaddafi: Applying Article 17(3) of the Rome Statute to Libya”, 27 *Emory International Law Review* 1291 (2013), p. 1323.

50) Christopher K. Hall, *supra* note 48, p. 1017.

그렇지만 이러한 접근방식에 따르더라도 소추관은 ICC 관할범죄에 관한 정보에 근거하여 독자적으로(*proprio motu*) 수사를 개시할 수 있으며 이 때 재판적격성이 있는지 여부를 ‘적극적’으로 평가할 수 있다는 점에서, ‘소극적 보충성’(passive complementarity)라는 용어를 사용하는 것이 적절한지는 의문스럽다.<sup>52)</sup> 여하튼 초기에 대두된 ‘소극적 보충성’ 개념은 이후 우간다, 콩고민주공화국, 중앙아프리카공화국의 자기회부와 맞물려 점차 설득력을 잃어갔다.<sup>53)</sup> 자국 영토에서 발생한 ICC 관할범죄에 대해 해당 국가들이 자신들의 관할권을 행사하지 않고, ‘처음부터’ ICC로 회부하는 사태가 발생했기 때문이다. 즉 ICC를 최후의 보루로 활용하지 않았던 것이다.

## 4-2. 적극적 보충성

‘적극적 보충성’(positive complementarity)의 개념은 ICC가 수동적인 기관에 머물러서는 안 되고, 국가가 국제법상 범죄에 대해 책임 있는 자들을 처벌하도록 적극적으로 지원하고 촉진하는 역할을 수행해야 한다는 것을 의미한다.<sup>54)</sup> ICC 초대 소추관인 Luis Moreno-Ocampo는 적극적 보충성의 개념을 다음과 같이 설명하고 있다.

51) Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 45.

52) Christopher K. Hall, *supra* note 48, pp. 1017–1018.

53) Sascha Dominik Dov Bachmann & Eda Luke Nwibo, *supra* note 4, p. 480; Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 45.

54) Christopher K. Hall, *supra* note 48, pp. 1018–1019; Matthew E. Cross & Sarah Williams, “Recent Developments at the ICC: Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui – A Boost for ‘Co-operative Complementarity’?”, 10 *Human Rights Law Review* 336 (2010), p. 339; Ben Batros, *supra* note 13, p. 359; M. Christopher Pitts, *supra* note 49, p. 1324.

“ICC는 국내제도에 보충적이다. 이것은 진정한 국가 조치가 있는 경우에는 재판소가 개입할 수도 없고, 또한 개입하지도 않을 것임을 의미한다. 그러나 국가들은 권리뿐만 아니라 잔학행위를 방지하고, 통제하며, 기소할 일차적인 책임도 부담한다. 보충성은 국가주권을 지키는 동시에 국가의 조치를 증진시킨다. ICC의 실효성은 재판소에 도달한 사건들의 수에 의해 측정되어서는 안 된다. 그와 반대로, 보충성은 국가기관의 정상적인 기능수행의 결과로 ICC에 회부된 재판이 없다면 크나큰 성공을 거둔 것임을 내포한다.”<sup>55)</sup>

2006년 ICC 소추부(The Office of the Prosecutor)가 제시한 ‘기소전략’(Prosecutorial Strategy)에 따르면, 적극적 보충성의 요소를 세 가지로 나누고 있다. 즉 가능한 한 진정한 국가절차를 촉진시키고, 국내적 및 국제적 네트워크에 의존하며, 국제협력제도에 참여하는 것 등이다.<sup>56)</sup> 이후 소추부는 ‘2009-2012 기소전략’에서 적극적 보충성의 개념을 ‘국내절차를 증진시키기 위한 사전적인 협력정책’으로 정의한 바 있다.<sup>57)</sup> 다시 말해서, 적극적 보충성의 개념은 ‘국가는 ICC에 공식적인 지원요청을 하고, ICC는 그에 상응하여 국가가 ICC 관할범죄를 국내적으로 수사하고 기소할 수 있도록 국가의 역량을 강화시키기 위해 국가사법제도를 지원하는 정책’을 의미한다.<sup>58)</sup> 이러한 정책은 2010

---

55) Luis Moreno-Ocampo, Prosecutor, International Criminal Court, Statement Made at the Ceremony for the Solemn Undertaking of the Chief Prosecutor of the International Criminal Court, 2003. 6. 16., p. 3.

56) ICC-OTP, Report on Prosecutorial Strategy (2006), p. 5.

57) ICC-OTP, Prosecutorial Strategy, 2009-2012 (2010), p. 5.

58) Sascha Dominik Dov Bachmann & Eda Luke Nwibo, *supra* note 4, p. 482. 저자들은 이를 ‘사전적 보충성’(proactive complementarity)이라고 칭하고 있으며, ‘적극적 보충성’ 개념과 구별하고 있다. *Ibid.*, pp. 480-484. 이 논문에서는 양자를 구분하지 않고 ‘적극적 보충성’ 개념으로 통칭하기로 한다.

년 캄팔라재검토회의의 결의, ICC 사무국 보고서, 2012년 제11차 당사국총회 결의 등에서도 강조된 바 있다.<sup>59)</sup>

이에 따라, ICC 소추부와 여타 기관들, 즉 소장단(The Presidency), 재판부(Chambers), 사무국(The Registry)은 적극적 보충성의 개념 내에서 다음과 같은 다양한 활동을 수행할 수 있다. 즉 (i) 로마규정 비당사국들이 로마규정을 비준하도록 장려, (ii) 당사국들이 실질적인 이행입법을 하도록 장려, (iii) 국가들이 자국의 법률을 이용하여 수사하도록 장려하며, 충분한 법정 증거가 있는 경우에는 기소하도록 장려, (iv) 특정 국가 내에서 발생한 특정 범죄들을 수사하고 기소하도록 국가들을 장려, (v) 국내당국에 의해 기소되지 않은 사건들을 기소하도록 장려, (vi) 소추관과 국내법원간 업무분담에 대한 합의, (vii) 국가의 경찰 및 검찰에 대한 교육훈련, (viii) 정보와 증거의 송부를 통해 국내적 수사 및 기소를 직접적으로 지원하는 것 등이다.<sup>60)</sup>

적극적 보충성 개념이 로마규정에 구현된 것이 제93조 제10항이다. 즉 ‘ICC는 요청이 있는 경우, 재판소 관할범죄를 구성하는 행위 또는 요청국의 국내법상 중대한 범죄를 구성하는 행위에 대하여 수사 또는 재판을 수행하는 당사국에 협력하거나 지원을 제공할 수 있다’고 규정하고 있다(a호). 이러한 협력이나 지원은 ICC가 보유한 진술, 문서, 또는 다른 형태의 증거의 송부와 구금된 자에 대한 신문 등을 포함한다(b호). 그리고 이러한 협력이나 지원은 규정 비당사국까지 확대될 수 있다(c호). 이러한 협력이나 지원은 ICC가 업무분담과 책임공유를

---

59) Linda E. Carter, *supra* note 28, p. 465. Linda E. Carter는 국제범죄에 대처하기 위한 국가의 역량강화를 위해 ICC의 재판기능으로부터 독립적인 ‘별도의 기구나 센터’를 설치할 것을 제안하고 있다. *Ibid.*, p. 473.

60) Christopher K. Hall, *supra* note 48, pp. 1018-1019.

통해서 국내적 기소를 촉진할 것이라는 이념에 바탕을 두고 있다.<sup>61)</sup>

그렇지만 적극적 보충성의 개념을 적용하는 경우에도 ICC 관할범죄를 저지른 자를 수사하거나 기소할 의지가 없는 국가나 악의(*mala fides*)를 가진 국가에 대해서는 실효성을 거두기 어려울 것이다.<sup>62)</sup> 비록 ICC의 적극적인 지원이나 협력이 있는 경우일지라도, 이러한 국가들이 국내정치 상황 등을 이유로 ICC 관할범죄에 대해 책임 있는 자들을 처벌하는 데 주저하거나, 또는 자국의 정치적 문제를 해결하기 위한 수단으로 국제형사재판제도를 악용할 가능성도 있기 때문이다.

#### 4-3. 상황적 보충성

‘상황적 보충성’(situational strategies)은 한정된 지역과 단일한 분쟁상황에서 발생한 범죄를 처벌하였던 과거 ICTY와 ICTR과 같은 임시국제형사재판소와 달리, ICC가 범세계적 관할권을 보유하고 있으며 다양한 정치적 배경이나 전략적 고려에 직면해 있다는 점에서 일률적이고 포괄적인 접근방식은 효율적이지 않다는 문제 인식에서 고려되었다.<sup>63)</sup>

이 견해는 과거 소추부의 기소전략의 기본원칙인 ‘적극적 보충성’(positive complementarity), ‘집중 기소’(focused prosecutions), ‘집중 수사’(focused investigations)라는 획일적인 원칙들에서 벗어나 용

---

61) Sascha Dominik Dov Bachmann & Eda Luke Nwibo, *supra* note 4, p. 482.

62) Jacob N. Foster, “A Situational Approach to Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court”, 47 *Georgetown Journal of International Law* 439 (2016), p. 444.

63) *Ibid.*, pp. 443–444.

통성 있고 상황적응적인 접근방식을 채택하자는 입장이다. 다시 말해서 이 견해에 의하면, 소추부가 국제공동체나 이해관계국의 협력을 얻을 가능성이 있는 상황에서는 적극적 보충성, 수사 및 기소 집중화 전략을 사용하는 것이 적절하다고 한다. 그렇지만 이 견해는 국가들이 협력할 의사나 능력이 없는 여타 상황에서는 적극적 보충성 전략을 포기하고 포괄적인 수사방식을 활용하며 상대적으로 중요성이 떨어지는 인물들을 기소하는 전략을 사용하자고 제안한다. 즉 이 견해에 따르면, 이러한 상황적응적 전략방식을 공식적으로 채택할 경우 소추부가 한정된 자원을 유지하면서 자신의 영향력을 극대화시킬 수 있다고 한다.<sup>64)</sup>

또한 이 견해는 소추부가 구체적인 상황에서 어떠한 전략을 채택하는 것이 바람직한지에 대해 유형별로 제시하고 있다.

첫째, 소추부의 수사가 국제공동체, 특히 안전보장이사회 상임이사국과 일본, 독일, 브라질, 인도 등의 지지를 받는 상황으로, (i) 범죄발생지국의 협력을 얻는 경우, (ii) 범죄발생지국이 처음에는 협력할 의사가 없지만 영향력 있는 국가들이 독자적으로 증거를 수집하면서 협력의사가 없는 범죄발생지국에 대해 ICC와 협력하도록 외교적·경제적 압력을 행사하는 경우, (iii) 범죄발생지국이 계속되는 분쟁으로 인해 협력할 능력이 없는 경우, 영향력 있는 국가들이 증거를 수집하고, 증인 인터뷰를 지원하며, 피의자를 체포하는 데 도움을 주는 경우 ‘수사 및 기소의 집중화 전략’이 성공할 가능성이 높다고 한다.

둘째, 소추부가 국제공동체의 지원 없이 행동해야 하는 경우, 범죄발생지국이 소추부의 수사를 지원할 의사나 능력이 있는지 여부에 따

---

64) *Ibid.*, p. 444.

라 ‘수사 및 기소의 집중화 전략’이 성공할지 여부가 판가름 나게 된다. 셋째, 국제공동체가 ICC의 수사를 반대하는 경우, 소추부의 영향력은 가장 낮은 수준에 그치게 된다. 이 경우, 소추부는 한정된 수사 역량이나 자원에 의존할 수밖에 없으며, 영향력 있는 국가들의 수사 방해 상황을 극복해야 한다.<sup>65)</sup>

결론적으로, 상황적 보충성의 개념은 ICC 소추부가 자신의 자원상 한계를 고려하여 특정 국가 내에서 발생한 범죄의 성격과 국제공동체의 외교적·재정적 지원, 그리고 이해관계국의 협력 여부에 대한 상황적응적 평가에 근거하여 탄력적이고 전략적으로 접근해야 한다는 것으로 요약될 수 있다.<sup>66)</sup> 그러나 이러한 접근방식은 일정 부분 한계를 지니고 있다. 즉 국가들이 ICC와 협력할 의사나 능력이 없는 경우 ICC가 상대적으로 중요성이 떨어지는 인물들을 기소하겠다는 전략은 ‘국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄를 범한 자들이 처벌받지 않는 상태를 종식시킨다’<sup>67)</sup>는 ICC의 목적과 부합되지 않기 때문이다.

---

65) *Ibid.*, pp. 445–447.

66) *Ibid.*, pp. 502–505.

67) 로마규정 전문 제4–5항.



## 제2절 보충성원칙이 적용되는 절차적 단계

### 1. 보충성원칙의 단계별 적용

로마규정상 보충성원칙은 ICC에서의 여러 절차단계, 즉 (i) 수사개시 이전 단계, (ii) 재판적격성에 대한 예비결정 단계, (iii) 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계 등에서 구체적으로 적용된다.<sup>68)</sup> 즉 이러한 절차단계별로 ICC가 보충적으로 자신의 관할권을 행사할 것인지 여부를 고려하게 된다.

먼저, 당사국이나 안전보장이사회가 사태를 회부하거나 소추관이 독자적으로 수사를 개시하는 경우,<sup>69)</sup> 수사개시 이전 단계에서 소추관은 최초로 재판적격성에 대한 검토를 수행한다. 그 중 소추관이 독자적으로 수사를 개시할 경우에는 전심재판부가 추가적으로 재판적격성 문제를 검토하는 경우가 발생할 수 있다. 즉 소추관이 재판적격성 요건이 충족되었다고 결정하게 되면(제53조 제1항 b호), 소추관은 전심재판부에 ‘수집된 증빙자료와 함께 수사허가요청서’를 전심재판부에 제출하고(제15조 제3항), 전심재판부는 수사 개시 허가 여부를 결정하기 전에 재판적격성에 대해 심사하게 된다(제15조 제4항). 그런데 소추관이 재판적격성 여부를 평가하고 난 후 ‘사건의 재판적격성이 없다’고 판단하는 경우 수사를 종결하기로 결정할 수 있다(제53조 제2

---

68) 로마규정 제18조, 제19조, 제53조 등 참조.

69) 로마규정 제13조에 따르면, ICC는 3가지의 경우 ICC 관할범죄에 대해 자신의 관할권을 행사할 수 있다. 첫째, 1개 또는 그 이상의 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태(situation)가 당사국에 의하여 소추관에게 회부된 경우(a호), 둘째, 1개 또는 그 이상의 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태가 안전보장이사회에 의하여 소추관에게 회부된 경우(b호), 셋째, 소추관이 독자적으로(*proprio motu*) 수사를 개시한 경우(c호)가 그러하다.

항 b호). 이 때, 전심재판부는 사태 회부국이나 안전보장이사회의 요청이 있는 경우 예외적으로 소추관의 수사종결 결정을 재검토하게 되는데, 이 때 ‘재판적격성’ 평가를 할 여지가 있다(제53조 제3항).

이후 ‘재판적격성에 관한 예비결정’(제18조) 단계에서 소추관과 전심재판부는 국가의 수사상황에 비추어 재판적격성이 있는지 여부를 평가할 수 있다. 이 단계에서의 재판적격성 평가는 당사국의 사태 회부에 따른 소추관의 수사개시 결정 또는 소추관이 독자적으로 수사를 개시한 경우에 이루어진다. 다시 말해서, ‘재판적격성에 관한 예비결정’ 단계는 소추관이 수사를 개시하기로 결정한 경우를 이러한 사항을 관련 국가들에게 통지함으로써 관할권을 가지는 국가와 사건 수사가 중복되거나 경합되는 문제를 회피하려는 취지를 내포하고 있다. 이 단계까지는 재판소에 회부된 ‘사태’가 아직 구체적인 ‘사건’으로까지 발전하지 않은 상태라고 하겠다.

마지막으로 보충성원칙은 피의자나 범죄혐의가 특정된 보다 진전된 상황, 즉 사건의 재판적격성에 대한 이의제기(제19조) 단계에서도 검토된다. 이 단계에서의 재판적격성 평가는 더욱 엄격하고 복잡한 요건 하에서 이루어진다.

종합하면, ICC에서의 여러 절차단계에서 이루어지는 보충성원칙에 근거한 재판적격성 평가는 ‘사태나 사건에 대한 ICC의 관할권 행사와 국가의 관할권 행사 사이의 경합사실을 어떻게 인식할 것인가’라는 사실상의 문제를 내포하고 있다. 뿐만 아니라, 보충성원칙이 적용되는 ICC의 여러 절차단계에는 ICC와 국가간 관할권 행사의 경합이 있는 경우 어떠한 원칙이나 방침에 따라 이를 해결할 것인가에 관한 절차적·기술적 고려가 담겨져 있다. 이하에서는 ICC에서의 절차단계별로

보충성원칙이 어떻게 구현되어 있는지 그 주요 내용을 차례대로 검토한다.

## 2. 수사 개시 이전 단계

### 2-1. '자기규제적 절차'로서의 성격

재판적격성 문제를 고려하는 첫 번째 단계는 소추관이 독자적으로 혹은 당사국이나 안전보장이사회에 의한 사태의 회부 과정에서 입수된 정보를 분석한 후에 '수사의 개시여부를 결정할 때' 발생한다.<sup>70)</sup> 또한 소추관은 수사를 '진행시킬 만한'(to proceed with) 또는 '개시할'(to initiate) 합리적인 근거가 있는지 판단할 때, '사건이 제17조에 따른 재판적격성이 있는지 또는 있게 될 지 여부'를 고려해야 한다(제53조 제1항 b호).

이를 종합하면, 당사국 또는 안전보장이사회가 사태를 회부했든 아니면 소추관이 독자적으로 수사를 개시하든 상관없이, 수사 개시 이전의 단계에서 소추관이 재판적격성 여부를 고려하게 되어 있다는 점이다.<sup>71)</sup> 만약 소추관이 수사를 개시할 합리적 근거가 없는 경우에도

---

70) 로마규정은 수사의 개시 여부를 판단할 권한을 소추관에게 부여하고 있다. 따라서 전심재판부가 소추부에게 특정 사태나 혐의자를 조사하라고 요청할 권한을 가지고 있지 않으며, 해당 국가 역시 관할권 항변 제기 여부와 상관없이 예비조사 단계에서 소추부가 조사하지 않아야 한다는 주장을 할 수 없다. Elizabeth Garcia, *supra* note 15, p. 67.

71) ICC-OTP, Informal Expert Paper : The Principle of Complementarity in Practice, para. 25; G. Turone, "Powers and Duties of the Prosecutor", in A. Cassese, P. Gaeta and J. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, 2002), pp. 1146-1147; Daniel D. Ntanda Nsereko, *supra* note 16, p.

수사를 개시한다면, 이는 권한의 남용이자 ICC 자원의 낭비이기 때문이다.<sup>72)</sup> 이러한 점에서, 로마규정 제53조 제1항의 단계에서 소추관이 재판적격성을 검토하는 취지는 관할권을 가지는 국가들의 이의제기를 선제적으로 회피하고자 하는 일종의 ‘자기 규제적 절차’(self-regulating procedure)로 볼 수 있다.<sup>73)</sup>

## 2-2. 안전보장이사회의 회부와 소추관 : 구속력 존부 여부

안전보장이사회가 사태를 ICC에 회부할 때 해당 국가의 의사부재와 능력부재 문제에 대해 어떠한 입장을 밝힌다면, 소추관이 이에 구속되는지가 쟁점이 된다.

안전보장이사회의 사태 회부시 안전보장이사회가 국가의 국내법원에 비해 ICC에게 우선권을 행사하게 할 수 있다는 주장이 제기되어 왔다.<sup>74)</sup> 예컨대 Michael A. Newton은 유엔 안전보장이사회의 결정을 따를 회원국들의 의무는 ‘사실상 보충성의 권리를 효력이 없게 만들어 버린다’고 주장하였다. 즉 안전보장이사회의 회부는 자동적으로 사건의 재판적격성이 있게 만든다는 것이다.<sup>75)</sup>

이러한 주장에 따르면, 안전보장이사회가 이미 ICTY규정 제9조 제2항 및 ICTR규정 제8조 제2항과 같이 ICC에게 우선적 관할권을 부

---

435.

72) Daniel D. Ntanda Nsereko, *supra* note 16, p. 435.

73) Rod Rastan, “Situation and case: defining the parameters”, in Carsten Stahn & Mohamed M. El Zeidy(eds.), *The International Criminal Court and Complementarity – From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011), pp. 455–456.

74) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 165, note 11 참조.

75) Michael A. Newton, *supra* note 4, p. 131.

여할 권한을 가지고 있으며,<sup>76)</sup> 만약 ICC가 그에 상응하지 않는다면 이는 유엔 헌장의 목적에 부합되지도 않고 오히려 퇴보하는 것이라고 한다.<sup>77)</sup>

그러나 Linda M. Keller는 안전보장이사회가 수단 다르푸르 사태를 ICC에 회부했을 때 소추관과 전심재판부가 재판적격성을 고려했다는 점에서 ICC의 관행은 Michael A. Newton의 주장과 일치하지 않는다고 주장한다. 부연설명하면, 수단 다르푸르 사태의 범죄피의자 Ali Kushayb와 Ahmad Harun에 대한 체포영장 결정시, 전심재판부는 소추관이 제시한 증거와 주장들을 근거로 이들에 대한 사건은 재판적격성이 있는 것으로 보인다고 결론을 내렸다.<sup>78)</sup>

유엔 헌장 제25조와 제103조에 따르면,<sup>79)</sup> 유엔 헌장 제7장상 안전

---

76) ICTY규정 제9조 제1항과 ICTR규정 제8조 제1항은 국제재판소와 국가법원에게 ‘경합적 관할권’(concurrent jurisdiction)을 부여하면서도, 각 조 제2항에서 관할권 경합시 ‘국제재판소가 국가법원에 비해 우선권을 가짐’을 규정하고 있다. ICTY규정 제9조 및 ICTR규정 제8조. 또한 John T. Holmes, *supra* note 45, p. 669 참조. John T. Holmes는 *Tadić* 사건에서 Sidhwa 재판관의 입장 - 즉 특정 국내 범죄들이 실제 성격상 국제적이고 국제평화를 위태롭게 한다면, 그러한 국제범죄는 법률에 의해 그러한 목적을 위해 설립된 적절하고 권한 있는 사법기관인 국제재판소에 의해 재판되어야 한다 - 을 인용하면서, 국제재판소가 우선권을 갖는 이유를 설명하고 있다. 그러면서 경합적 관할권은 필요하고도 바람직하다는 점 역시 강조하고 있다. 왜냐하면, 모든 국가가 국제범죄를 기소할 국제적 의무가 있으며, 국제재판소가 모든 범죄자를 처벌하는 것이 사실상 불가능하기 때문이라는 것이다. 그러면서 ICTY나 ICTR 규정의 내용에 대한 안전보장이사회의 의도는 국내절차에 대한 국제재판소의 개입을 국내법원의 객관성과 공정성의 결여, 국제재판소의 관할권 행사를 방해하기 위해 국내법원이 절차를 개시하는 경우, 피의자를 형사책임으로부터 보호하려는 상황에 한정시키는 것이었다고 한다.

77) ICC-OTP, *supra* note 71, note 30.

78) Linda M. Keller, *supra* note 15, pp. 205-206.

79) 유엔 헌장 제25조 : “국제연합회원국은 안전보장이사회의 결정을 이 헌장에 따라 수락하고 이행할 것을 동의한다.”

유엔 헌장 제103조 : “국제연합회원국의 헌장상의 의무와 다른 국제협정상 의무가 상충되는 경우에는 이 헌장상의 의무가 우선한다.”

보장이사회의 결정에 따른 현장상의 의무가 다른 국제협정상의 의무에 비해 우선적 효력을 갖는데, 이는 ‘유엔 회원국’들에게만 적용된다.<sup>80)</sup> 만약 안전보장이사회가 사태를 회부할 때 재판적격성에 관하여 판단을 했다면, 그러한 판단은 사건의 재판적격성에 대하여 이의제기할 수 있는 국가의 권리를 박탈할 수 있을 뿐이다.<sup>81)</sup> 또한 유엔 헌장 제7장상의 결의는 ICC를 포함한 국제기구에 대하여 구속력이 없다.<sup>82)</sup> 안전보장이사회 역시 국제기구의 설립문서를 수정할 수 있는 권한을 유엔 헌장에 의해 부여받고 있지도 않다.<sup>83)</sup> 그리고 ICC는 유엔의 전문기관도 아니며 독립적인 법적 기구이다.<sup>84)</sup> 따라서, 안전보장이사회가 사태를 ICC에 회부할 때 재판적격성 여부에 대해 자체 입장을 표명했다 하더라도, 소추관은 이에 구속될 필요가 없다고 보는 것이 타당하다.<sup>85)</sup> 결국, 제소주체와 관계없이 수사를 개시할지 여부를 결정하는 이러한 초기단계에서의 재판적격성 문제는 소추관에 의해 다루어져야 한다.<sup>86)</sup>

---

80) Alexandre Skander Galand, *UN Security Council Referrals to the International Criminal Court – Legal nature, Effects and Limits* (Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2019), p. 210.

81) Gabriël. H. Oosthuizen, “Some Preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council”, 46 *Netherlands International Law Review* 313 (1999), p. 328.

82) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 166, note 15.

83) ICC-OTP, *supra* note 71, paras. 68–69.

84) Alexandre Skander Galand, *supra* note 80, pp. 210–211.

85) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 627.

86) ICC-OTP, *supra* note 71, p. 2. 또한 Alexandre Skander Galand, *supra* note 80, p. 213 참조(‘once a situation is referred to the Prosecutor of the ICC it is out the hands of the SC’).

### 2-3. 전심재판부의 사법적 통제

소추관의 재판적격성과 관련한 판단은 다양한 방식으로 그리고 제 소주체에 따라서 전심재판부의 사법적 통제를 받게 된다.<sup>87)</sup>

첫째, 소추관에 의해 독자적으로 수사가 개시되는 경우, 전심재판부는 소추관이 제출한 수사허가요청서와 증빙자료를 검토한 후 수사를 진행시킬만한 합리적인 근거가 있고 해당 사건이 ICC의 관할권에 속한다고 판단하면 수사의 개시를 허가한다.<sup>88)</sup> 이 때, 전심재판부는 소추관이 신청한 요청(서)의 ‘전부 또는 일부’(all or any part)에 대해서 허가를 할 수 있다(절차및증거규칙 제50조). 이는 요청서가 로마규정상 범죄가 아닌 것을 일부 다루고 있다거나 국가 당국이 일부 수사를 진행하고 있는 상황을 염두에 둔 것이다.<sup>89)</sup>

둘째, 당사국 또는 안전보장이사회가 사태를 회부한 경우, 소추관은 수사를 개시할 합리적인 근거가 있는지 여부를 판단하면 족하며(로마규정 제53조), 추가적으로 전심재판부로부터 수사개시의 허가를 받을 필요는 없다. 만약 소추관이 수사 후 사건의 재판적격성이 없다는 이유 등으로 기소할 충분한 근거가 없다고 보아 절차종결을 결정하게 되면(로마규정 제53조 제2항 및 제3항 a호), 전심재판부는 사태 회부국 또는 안전보장이사회의 요청을 조건으로 소추관의 절차종결 결정

---

87) Justine Tillier, *supra* note 5, p. 508. 또한 소추관의 독자적인 수사에 대한 일정한 제한과 그 의미에 대해서는 Christopher Totten *et al.*, *supra* note 14, pp. 750-752 참조.

88) 소추관의 독자적 수사개시권의 남용을 방지하기 위해 준비위원회 제6회기에서 독일과 아르헨티나는 소추관의 기소재량에 대한 견제장치에 관한 제안을 하여 외교회의에서 압도적인 지지를 받았다고 한다. 최태현, *supra* note 12, p. 103 및 각주 68 참조.

89) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 680.

을 재검토할 수 있다.<sup>90)</sup> 이러한 재검토는 소추관이 독자적으로 수사한 경우에는 적용되지 않는다.

### 3. 재판적격성에 대한 예비결정 단계

재판적격성에 대한 예비결정 문제를 다루고 있는 로마규정 제18조는 미국의 주도로 준비위원회 조문초안에 뒤늦게 규정된 것으로 로마회의 시 밀도 있게 논의되었다.<sup>91)</sup> 당시 이 조문과 관련하여, 국가절차에 우선권을 부여함으로써 중복수사를 피하려는 바람, 재판적격성 문제가 발생한다면 신속한 판단을 할 필요성, 진정으로 행동하지 않는 국가가 이 조문을 이용하여 절차지연을 위해 추후에 이의제기를 함으로써 소추관의 증거확보 능력에 위협을 가할 수 있다는 우려에 대한 논쟁이 있었고, 조문 성안과정에서 이러한 이해관계가 균형을 이루어야 한다는 인식이 있었다.<sup>92)</sup> 따라서 이하에서는 위와 같은 우려나 인식이 제18조에 어떻게 반영되어 있는지 그 주요한 내용을 살펴본다.

#### 3-1. 수사개시와 국가통지

재판적격성에 대한 예비결정 문제는 소추관이 수사 개시 여부를 결정한 이후 실제 수사에 착수하기 이전에 적용되며 안전보장이사회가 사태를 회부한 경우에는 적용될 수 없다. 당사국이 사태를 ICC에

---

90) 로마규정 제53조 제2항 및 제3항 a호.

91) 이에 대한 자세한 내용은 Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 89, 92-95 참조.

92) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 681.



회부하여 소추관이 수사를 개시할 합리적인 근거가 있다고 결정하였거나 소추관이 독자적으로 수사를 개시하여 전심재판부로부터 수사허가를 받아 수사를 개시한 경우, 소추관은 모든 당사국과 통상적으로 관할권을 행사할 국가에게 이러한 사실을 통지한다.<sup>93)</sup> 이러한 통지를 하는 취지는 통지받는 국가들이 자신의 관할권을 행사할 수 있도록 사전에 알려줌으로써 ICC가 어떠한 조치를 취할 필요가 없도록 하는 데에 있다.<sup>94)</sup>

유의할 점은 ‘소추관이 제13조 c호와 제15조에 따라 수사를 개시한 경우’란 소추관이 전심재판부로부터 최초 수사허가를 받은 경우를 의미한다는 것이다.<sup>95)</sup> 따라서 로마규정 제18조 제2항의 수사허가 요청에 따른 전심재판부의 결정이 이루어진다면 두 번째 수사허가결정이 된다.<sup>96)</sup> 이러한 두 번째 수사허가결정은 국가의 수사보류 요청이 있

---

93) 로마규정 제18조 제1항 : “사태가 제13조 a호에 따라 재판소에 회부되어 소추관이 수사를 개시할 합리적인 근거가 있다고 결정하였거나 소추관이 제13조 c호와 제15조에 따라 수사를 개시한 경우, 소추관은 모든 당사국과 이용 가능한 정보에 비추어 당해 범죄에 대하여 통상적으로 관할권을 행사할 국가에게 이를 통지한다. 소추관은 그러한 국가에게 비밀리에 통지할 수 있으며 또한 소추관이 어느 자를 보호하거나 증거의 인멸을 방지하거나 또는 어느 자의 도주를 방지하기 위하여 필요하다고 믿는 경우, 국가에게 제공되는 정보의 범위를 제한할 수 있다.”

94) Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, 2003, p. 5.

95) S. Fernández de Gurmendi & H. Friman, “The Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Court”, 3 *Yearbook of International Humanitarian Law* 289 (2000), p. 295.

96) 로마규정 제18조 제2항 : “그러한 통지를 접수한 후 1개월 내에, 국가는 제5조에 규정된 범죄를 구성하며 자국에 대한 통지에서 제공된 정보와 관련된 범죄행위에 대하여, 자국의 관할권 내에 있는 자국민 또는 기타의 자를 수사하고 있다거나 수사하였음을 재판소에 통지할 수 있다. 전심재판부가 소추관의 신청에 따라 수사를 허가하기로 결정하지 아니하는 한, 소추관은 해당 국가의 요청이 있으면 해당자에 대한 그 국가의 수사를 존중한다.”

음에도 소추관이 수사허가를 요청할 때 이루어지는 것이다.<sup>97)</sup> 물론 이러한 내용은 소추관에 의한 독자적인 수사개시에 한하여 적용된다. 따라서, 만약 당사국이 사태를 회부한 경우라면, 로마규정 제18조 제2항에 따른 전심재판부의 수사허가결정은 첫 번째 결정이 되는 것이다.<sup>98)</sup>

소추관은 ‘모든 당사국과 이용가능한 정보에 비추어 해당 범죄에 대하여 통상적으로 관할권을 행사할 국가에게 수사 개시 결정 등을 통지’하여야 한다.<sup>99)</sup> 여기서 ‘해당 범죄에 대하여 통상적으로 관할권을 행사할 국가’는 ‘당사국이 아닌 국가’를 의미한다.<sup>100)</sup> 또한 ‘통상적으로’라는 용어는 ‘실제 국가관행을 고려하여’라는 의미로 해석될 수 있다.<sup>101)</sup> 즉 당사국에게 통지하는 이유는 그 국가가 통상적으로 관할권을 행사하지 않더라도 일종의 ‘집행공동체’로서 범죄자를 처벌하기 위한 공동의 노력을 기울이자는 취지이다.<sup>102)</sup>

---

97) 절차및증거규칙 제54조 및 제55조.

98) ICC-OTP, *supra* note 71, p. 27; ICC-OTP, Informal Expert Paper: Fact-finding and investigative functions of the office of the Prosecutor, including international cooperation (2003), para. 42; Michael A. Newton, *supra* note 4, p. 136. 이에 대해, 문규석 박사는 소추관의 독자수사개시의 경우에 대해서도 제18조의 수사허가결정이 첫 번째 결정이라고 설명하고 있는 데, 이는 로마규정에 대한 해석의 오류로 생각된다. 문규석, “국제형사재판소의 보충적 관할권의 행사에 관한 연구”, 인도법논총 제26호 (2006년), pp. 298-299, 307; 문규석, “국제형사법원에서 검찰관의 수사권 행사”, 외법논집 제28집 (2007년), pp. 403-404, 417.

99) Michael A. Newton은 소추관의 이러한 통지에 대해, 관할범죄를 수사하고 기소할 권한 있는 ICC와 국가들 사이의 중개자적 역할(intermediary)로 설명하고 있다. Michael A. Newton, *supra* note 4, p. 137.

100) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 168-169. 이러한 해석은 입법경과에서도 확인된다.

101) Markus Benzinger, *supra* note 32, p. 622.

102) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 169.

비당사국들의 경우 원칙적으로 ICC에 대한 의무를 부담하지 않지만, 관할범죄의 수사 및 기소에 관한 역할을 수행하고 재판적격성에 관한 절차에 참여하는 것은 가능하다. 따라서 비당사국들은 어떠한 부수적인 의무를 부담하지 않으면서, 보충성에 의해 부여받은 권리들을 향유할 수 있다. 그러나 비당사국이 해당 사건에 대해 관할권을 갖게 되면, 이 국가 역시 관련자를 처벌하기 위한 정당한 노력을 다해야 한다.<sup>103)</sup>

한편, ‘해당 범죄에 대하여 통상적으로 관할권을 행사할 수 있는 국가’를 판단하는 경우, 실효적으로 ICC 관할범죄를 수사하고 기소할 가능성, 해당 범죄와의 관할권적 또는 사실상 연관성과 같은 요소들과 결부지어 국내법상 합법적으로 관할권을 확립했는지 여부, 증거의 이용가능성 및 접근성, 그리고 피의자의 존재 등이 고려될 필요가 있다.<sup>104)</sup>

소추관은 당사국과 통상적으로 관할권을 행사할 비당사국에게 수사 개시 결정 등을 비밀리에 통지할 수 있다. 또한 피해자 혹은 증인을 보호하거나 증거 인멸 내지 도주 방지를 위해 필요한 경우, 국가에게 제공되는 정보의 범위를 제한할 수 있다. 그렇지만 소추관은 ICC 관할범죄를 구성하는 행위들에 관한 정보를 국가에 대한 통지에 포함시켜야 한다.<sup>105)</sup> 또한 국가는 자국에게 도움을 주는 추가적인 정보를 소추관에게 요청할 수 있다.<sup>106)</sup> 이러한 내용들이 규정된 취지는 국가

---

103) Michael A. Newton, *supra* note 4, p. 138.

104) Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, 2003, p. 5; ICC-OTP, *supra* note 71, para. 76; Markus Benzing, *supra* note 32, p. 623.

105) 절차및증거규칙 제52조 제1항.

106) 절차및증거규칙 제52조 제2항.

의 적극적인 역할과 신의칙에 반하여 행동하는 국가에 의한 정보의 남용 위험 사이의 조화점을 찾기 위함이다.<sup>107)</sup>

소추관이 ‘사건의 재판적격성이 있는지 또는 있게 될지 여부’를 고려한 후 수사를 개시할 합리적인 근거가 있다는 이유로 수사를 개시하기로 결정하였다면,<sup>108)</sup> 이것은 이미 해당국가가 의사부재 등으로 인해 수사 및 기소할 가능성이 희박하다는 것을 의미한다. 그렇다면 이러한 경우에도 소추관이 ICC 관할범죄를 구성하는 행위들에 관한 정보를 국가에게 제공하는 것이 적절한 것인지가 문제된다. 다시 말해서, 정보를 제공받은 국가가 이를 악용하여 증거인멸 등의 조치를 취할 가능성을 배제할 수 없다는 문제가 발생한다. G. Turone은 ICC 제도에 참여하기를 꺼리는 국가들과 국제인도법의 중대한 위반이 발생한 것으로 추정되는 특정 사태와 직접 연루된 국가들에게 통지하는 것은 정의가 행하여지는 것을 막는 것일 뿐 어떠한 다른 이익도 발생하지 않을 것이라고 주장한 바 있다.<sup>109)</sup> 따라서, 소추관에 의한 국가 통지제도가 지닌 문제는 악의를 가진 국가들과 실효적인 수사를 할 가능성이 높은 국가들을 원칙적으로 동일하게 취급한다는 데에 있다.<sup>110)</sup>

### 3-2. 국가의 수사보류 요청과 한계

당사국이든 비당사국이든 국가는 소추관이 행한 통지를 접수한 후

---

107) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 171.

108) 로마규정 제53조 제1항.

109) G. Turone, *supra* note 71, p. 1163.

110) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 172.

1개월 내에 관련 범죄행위에 대하여 자국의 관할권 내에 있는 자국민 또는 기타의 자를 수사하고 있거나 수사하였음을 ICC에 통지할 수 있다.<sup>111)</sup> 이 때 국가가 ICC에 의한 수사를 보류할 것을 요청한다면 소추관은 국가의 수사를 존중한다. 다만 전심재판부가 소추관의 수사 허가신청에 따라 수사를 허가하기로 결정한다면 소추관에 의한 수사는 국가의 수사보류 요청에도 불구하고 진행될 수 있다.<sup>112)</sup>

소추관이 국가에 대한 통지를 하지 않은 경우에도 위의 1개월의 시한이 적용되는가? 로마규정 제18조 제2항은 이를 명시하고 있지 않다. 만약 소추관의 과실에 의해 통지하지 않았다면, 시한 적용이 배제되는 것이 합리적인 것이다.<sup>113)</sup> 이 때 소추관에 의한 통지로 인해 국가가 즉시 수사에 착수했는지 아니면 그러한 통지 이전에 이미 수사를 개시했거나 종료했는지 여부는 관계없다.<sup>114)</sup>

또한 국가가 자신이 관할권을 가지고 있는지 여부 및 수사 중이거나 수사를 했다는 점을 어느 정도까지 증명해야 하는가? 국가의 수사보류 요청은 문서로 이루어지며, 국가는 자신이 보유하고 있는 수사관련 정보를 ICC에 제공해야 한다.<sup>115)</sup> 또한 소추관은 수사 중인 국가로부터 추가적인 정보를 요청할 수 있다.<sup>116)</sup> 그런데 이러한 정보 제공이나 요청은 소추관에게 관련 자료를 평가하고 보류요청을 거부할

---

111) 로마규정 제18조 제2항.

112) 로마규정 제18조 제2항과 절차및증거규칙 제54조-제55조.

113) Markus Benzling, *supra* note 32, p. 624.

114) 로마규정의 정신과 전반적인 취지는 국가관할권에 대한 존중이다. 따라서, 아직 수사를 시작하지 않았지만 수사할 의사나 능력이 있는 국가가 제18조 제2항에 따라 수사를 할 기회를 부여받는 것은 당연하다. *Ibid.*, p. 625.

115) 절차및증거규칙 제53조.

116) *Ibid.*

권한을 부여한다는 취지가 아니고, 소추관이 수사허가 요청을 할 때 관련 정보를 고려하라는 취지다.<sup>117)</sup> 따라서, 소추관이 수사허가 요청을 위한 절차를 개시하기 전까지 증거 및 입증책임의 문제는 발생하지 않는다.<sup>118)</sup> 한 가지 주의할 점은, 소추관이 ‘수사개시를 통지한 이후 국가의 수사보류 요청이 있을 때까지의 기간 동안’ 계속해서 수사를 진행할 수 있다는 것이다.<sup>119)</sup>

한편, 소추관이 수사 중인 국가에 대해 추가적인 정보를 요청할 때 국가가 제공하는 정보가 어떠한 것인지 명확하지 않다. 이에 대해, John T. Holmes는 절차및증거규칙 제53조의 입법경과를 설명하면서 가장 논쟁적인 쟁점 중의 하나가 해당 정보가 피의자를 특정(identify)해야 하는지 여부였다고 한다. 그에 따르면, 이러한 접근방식에 반대하는 국가들은 ‘수사를 진행하고 있는 국가가 수사종결 시까지 모든 피의자를 파악하지 못할 가능성이 있다’는 점을 지적했다고 한다.<sup>120)</sup> 이를 고려하면, 위의 추가적인 정보에 피의자에 대한 정보가 필수적으로 포함되지 않는다고 보는 것이 합리적이다.

소추관과 마찬가지로, 국가도 수사의 일체성(integrity)을 이유로 정보를 제한할 수 있는가?<sup>121)</sup> ICC에 대해 의무를 부담하지 않는 비당사국이 당사국에 비해 정보를 제한할 가능성이 더 높을 것이다. 그렇

---

117) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 625.

118) *Ibid.*

119) G. Turone, *supra* note 71, p. 1163.

120) John T. Holmes, “Jurisdiction and Admissibility”, in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court—Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational Publisher, 2001), pp. 340–341.

121) 여기서의 제한에는 ‘비밀리에’ 통지하는 경우를 포함하지 않는다. ‘비밀성’은 정보의 제한이 아니라, 단지 정보가 입수되는 방식과 관련되어 있는 것이기 때문이다.

지만 당사국이 정보의 범위를 제한할 수 있다는 내용의 근거규정이 없다는 점에서 당사국이 수사의 일체성을 이유로 정보를 제한하기는 곤란할 것으로 보인다. 소추관에 의한 정보 제공의 제한은 일정한 요건, 즉 특정인의 보호, 증거인멸 또는 도주 방지 등을 위해서 필요한 경우에 가능하다. 따라서 국가가 정보제공을 제한할 수 있다고 해석하더라도 이와 같은 요건이 동일하게 필요할 것이다. 그런데 소추관이 제공받은 정보를 남용할 것이라고 보기 어려우므로 국가가 정보제공을 제한할 가능성 역시 희박해 보인다.

소추관은 당해 국가의 요청이 있으면 해당자에 대한 그 국가의 수사를 존중한다.<sup>122)</sup> 그렇지만, 국가의 수사보류 요청에도 불구하고 전심재판부가 소추관의 신청에 따라 수사를 허가하기로 결정할 수 있다.<sup>123)</sup> 이 때 소추관이 수사허가신청을 하고자 한다면 전심재판부에 신청의 근거자료를 제출해야 한다.<sup>124)</sup> 여기서 ‘근거자료’에는 국가가 제공한 수사관련 정보도 포함된다.<sup>125)</sup> 또한 소추관은 수사허가신청서를 전심재판부에 제출하였음을 문서로 해당국가에게 통지해야 한다. 이 때 소추관은 수사허가신청의 근거에 대한 요약본을 통지서에 포함시켜야 한다.’<sup>126)</sup>

한편, 절차및증거규칙상 전심재판부는 소추관의 수사허가신청 이후의 절차를 판단하는 데에 있어서 상당한 재량을 보유하고 있다. 즉

---

122) 로마규정 제18조 제2항.

123) *Ibid.*

124) 절차및증거규칙 제54조 제1항.

125) *Ibid.*

126) 절차및증거규칙 제54조 제2항. 여기서의 ‘요약본’(summary)을 국가에게 통지하는 취지는 신청서에 포함된 실제 수사에 관련한 정보를 소추관이 보호하는 것이 허용된다는 의미이다. John T. Holmes, *supra* note 120, p. 341.

전심재판부가 ‘소추관의 수사허가신청 이후의 절차를 결정하고, 절차의 적절한 수행에 적합한 조치를 취할 수 있으며, 심리를 열 수 있다’고 규정하고 있다.<sup>127)</sup> 그렇지만 전심재판부는 소추관의 수사허가신청서와 수사보류를 요청한 국가가 제출한 의견서(any observations)를 검토하고, 수사허가 여부를 결정함에 있어 로마규정 제17조의 재판적격성 결정기준들을 고려해야 한다.<sup>128)</sup> 그리고 전심재판부의 결정문과 그 이유서는 가능한 한 신속히 소추관과 수사보류를 요청한 국가에게 전달되어야 한다.<sup>129)</sup>

재판적격성에 대한 예비결정 단계에서의 절차적 상황은 주로 이해 당사자간의 ‘상호 교환적’ 성격을 띠고 있다.<sup>130)</sup> 그렇지만 이에 대한 예외가 상소 등 소송적 요소에 관한 것이다. 즉 해당 국가 또는 소추관은 전심재판부의 결정에 대하여 상소심재판부에 상소할 수 있다.<sup>131)</sup>

수사보류요청은 ‘다수의’ 국가들에 의해 제기될 수 있다. 왜냐하면, 한 개 국가 이상이 ‘관할권’을 보유할 수 있기 때문이다. 이런 경우, 소추관은 어느 국가의 수사보류요청을 존중할 것인지 여부를 국가로부터 입수한 정보 등을 고려하여 종국적으로 판단하여야 할 것이다.<sup>132)</sup> 이 때, 소추관이 염두에 둘 수 있는 국가들에는 범죄발생지국, 범죄혐의자의 국적국, 피의자 구금국, 범죄혐의의 증거를 보유하고 있

---

127) 절차및증거규칙 제55조 제1항.

128) 절차및증거규칙 제55조 제2항.

129) 절차및증거규칙 제55조 제3항.

130) John T. Holmes, *supra* note 45, pp. 681–682.

131) 로마규정 제18조 제4항.

132) 이 문제는 보충성에 대한 초안 작성 초기단계에서부터 이미 대두되었다. Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 74–75.



는 국가들이 포함된다.<sup>133)</sup>

이후 소추관이 수사를 보류하였다면 ‘보류일로부터 6개월 후 또는 그 국가의 수사를 수행할 의사 또는 능력의 부재에 근거하여’ 수사보류를 재검토할 수 있다.<sup>134)</sup> 그러나 소추관이 해당국가에서 수사를 진행하는 것이 적합하지 않다고 판단한다면, 소추관이 전심재판부에 수사허가를 신청하여 직접 수사할 것인지 아니면 수사보류를 요청했던 다른 국가에게 수사를 맡길 것인지 여부에 대해서 로마규정은 명확히 언급하고 있지 않다.<sup>135)</sup>

한편, 국가의 수사보류요청이 받아들여진다면 소추관은 국가의 수사상황에 대해 소위 ‘감독 내지 감시기능’을 수행하게 된다.<sup>136)</sup> 예컨대, 소추관이 국가의 수사를 존중하여 수사보류를 하였더라도, 그 이후 소추관은 수사보류를 재검토할 수 있다. 만약 소추관이 해당 국가에게 정기적으로 수사 및 후속 기소의 진전상황에 대하여 통지하여 줄 것을 요청했음에도, 해당 국가가 소추관에게 관련 정보를 제공하지 않거나 정보공유절차를 왜곡시킨 경우, 소추관의 수사상의 조치를 방해하거나 불완전하거나 변질된 정보를 제공하는 경우, 또는 정보를 늦게 제공하는 경우, 소추관은 이를 이유로 수사보류를 재검토할 수 있다.<sup>137)</sup>

---

133) Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, 2003, p. 5.

134) 로마규정 제18조 제3항.

135) 로마규정 제18조 제3항과 절차및증거규칙 제56조.

136) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 177.

137) 로마규정 제18조 제5항에 따르면, 소추관이 수사를 보류한 경우, 소추관은 해당 국가가 정기적으로 수사 및 후속 기소의 진전상황에 대하여 통지하여 줄 것을 요청할 수 있고, 당사국은 부당한 지체 없이 그러한 요청에 응해야 한다. 또한 로마규정 제18조 제6항에 따르면, 소추관의 수사허가신청에

또한 소추관이 ‘정기적으로 수사 및 후속 기소의 진전상황에 대하여 통지하여줄 것을 해당 국가에게 요청’(이하 ‘정기적인 정보제출요청권’이라 한다)할 때, 특히 ‘당사국’은 부당한 지체 없이 그 요청에 응해야 한다.<sup>138)</sup> 이 역시 로마규정 제18조의 ‘상호 교환적’ 성격을 강조하는 것으로 볼 수 있다.<sup>139)</sup> 다만 상호 동등한 입장에서 정보 등을 상호 교환한다기 보다는, 소추관이 수집된 정보를 통해 국가의 국내 절차를 감시하고 해당 국가의 수사를 수행할 의사부재 또는 능력부재가 있는지 여부를 확인한다는 점에서 소추관의 위와 같은 정기적인 정보제출요청권은 더욱 감시적인 성격을 띠고 있다.

또한 소추관의 정기적인 정보제출요청권에 따라 국가가 제공한 정보에 대해 소추관은 재판적격성 요건에 비추어 그러한 정보를 분석할 수 있다. 여기서의 정보는 증거수집, 참고인 심문, 피의자 체포 등 국가가 행한 수사적 조치와 수사 및 기소가 어느 단계에 와 있는지, 그 기간은 어느 정도였는지에 대한 세부사항을 포함한다. 이러한 정보를 재검토한 결과 보충성 요건이 충족된다고 판단되면 소추관은 전심재

---

따른 전심재판부의 결정이 계류 중이거나 또는 소추관이 수사를 보류한 때는 언제든지, 소추관은 ‘중요한 증거를 확보할 유일한 기회가 있는 경우 또는 그러한 증거를 이후에는 입수할 수 없게 될 중대한 위험이 있는 경우에는 예외적으로’ 증거보전을 위하여 필요한 수사상의 조치를 취하기 위한 허가를 전심재판부에 요청할 수 있다.

138) 로마규정은 당사국에게만 수사 및 후속 기소의 진전상황에 대하여 통지할 의무를 부담하게 하고 있다. 그러나 로마회의 시 비당사국에게 이러한 의무를 부담시켜야 한다는 주장이 있었다. 왜냐하면 수사보류를 요청하는 것은 비당사국도 가능하므로 통지의무 역시 부담시켜야 한다는 이유였다. 그러나 다수국가가 비당사국에게 로마규정상 의무를 부담시키는 것에 대해 반대하여 ‘당사국’에게만 통지의무를 부담시키는 것으로 결론지었다. 김영석, 국제형사재판소법강의, 법문사, 2014년, pp. 111-112.

139) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 682; Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 41.

판부에 수사허가를 다시 신청할 수 있다.<sup>140)</sup> 이 때, 소추관은 국가로부터 추가적으로 입수한 정보를 전심재판부에 전달하여 국가의 조치 사항 전반에 대해 파악할 수 있도록 해야 할 것이다.<sup>141)</sup>

### 3-3. 국가의 이의제기 및 그 제한

국가의 수사보류 요청에도 불구하고 전심재판부가 소추관에게 수사를 허가한 결정에 대하여 국가는 상소심재판부에 상소할 수 있다.<sup>142)</sup> 이러한 상소는 성격상 재판적격성에 대한 이의제기에 해당한다.<sup>143)</sup> 따라서 전심재판부의 수사허가 결정에 대하여 상소를 제기한 국가는 재차 수사보류 요청을 할 수 없고, 일정한 요건, 즉 ‘추가적인 중대한 사실 또는 중대한 사정변경’을 근거로 제19조에 따라 사건의 재판적격성에 대한 이의를 제기할 수 있을 뿐이다.<sup>144)</sup> 예컨대, 전심재판부의 수사허가 결정에 대해 이의를 제기한 국가가 이의제기를 기각당한 이후 자국의 정치상황의 변화나 적대행위가 종료되어 수사할 의사 또는 능력을 다시 갖게 되는 등의 ‘추가적인 사실 또는 중대한 사정변경’이 있음을 주장했다고 하자. 설령 이러한 주장 내용을 ICC가 인정하더라도 해당 국가는 재차 수사보류를 요청할 수 없고, 제19조에 따라 더욱 엄격한 요건 하에서 재판적격성에 대한 이의제기를 할 수 있을 뿐이다.

---

140) 로마규정 제18조 제2항; 절차및증거규칙 제56조.

141) 로마규정 제18조 제5항; 절차및증거규칙 제56조 제2항.

142) 로마규정 제18조 제4항.

143) 로마규정 제18조 제7항.

144) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 682.

### 3-4. 절차적 남용 가능성

로마규정 제18조는 전체적으로 절차적 지연 또는 악의의 국가들에 의한 남용의 가능성을 내포하고 있다. 즉 소추관의 수사보류에 대한 재검토와 소추관의 정기적인 정보제출요청권은 수사의 복잡성 또는 증거 수집 및 참고인의 진술 획득의 어려움과 결부되어 절차적 지연으로 이어질 가능성이 있다.<sup>145)</sup> 특히 악의를 가진 국가들이 재판적격성에 대한 예비결정 절차를 악용하여 수사의 진전사항에 대한 정보를 최대한 늦게 제공하는 등 ICC와의 협력에 소극적인 경우 절차적 지연은 불가피하다. 물론 소추관이 ‘필요한 수사상의 조치를 취하기 위한’ 허가를 전심재판부에 요청할 수 있지만 이 역시 ‘예외적’이라는 점에서 절차적 지연을 방지하는 데 한계가 있다.<sup>146)</sup>

또한 악의의 국가가 정상적으로 협조하지 않을 경우 정보에 대한 접근권이 제약될 수밖에 없다는 점에서, ‘중요한 증거를 획득할 유일한 기회가 있는 경우 또는 그러한 증거를 이후에는 입수할 수 없게 될 중대한 위험이 있는지’ 여부를 어떻게 판단할 것인지 자명하지 않는 한계가 있을 수 있다.<sup>147)</sup>

---

145) Holmes는 이러한 문제가 발생할 가능성을 줄이기 위해 로마규정과 절차 및 증거규칙은 로마규정 제18조와 관련하여 심리를 열도록 하지 않고 있으며 (재판부가 희망하는 경우는 심리를 열 수 있지만), 관련국가나 피해자 누구도 재판부에 추가적인 진술을 할 권리를 갖지 못하도록 하고 있다고 한다. *Ibid.*

146) 로마규정 제18조 제6항 : “전심재판부의 결정이 계류 중이거나 또는 소추관이 이 조에 따라 수사를 보류한 때에는 언제든지, 소추관은 중요한 증거를 확보할 유일한 기회가 있는 경우 또는 그러한 증거를 이후에는 입수할 수 없게 될 중대한 위험이 있는 경우에는 예외적으로 증거를 보존하기 위하여 필요한 수사상의 조치를 취하기 위한 허가를 전심재판부에 요청할 수 있다.”

147) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 180–181.

#### 4. 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계

사건의 재판적격성에 대한 이의제기는 보충성 요건의 판단을 위한 마지막 절차적 단계이다.<sup>148)</sup> 또한 사건의 재판적격성에 대한 이의제기를 규정한 취지는 첫째, 국가의 이익과 ICC의 효과적인 수사 사이에 균형을 유지하고, 둘째, ICC의 관할권과 국가형사관할권 사이의 상호작용과 상호의존성을 염두에 둔 것이며, 셋째, 근본적으로 ICC보다 실제로 관할권을 가지는 국가에게 우선권을 부여하려는 것이다.<sup>149)</sup> 이하에서 그 주요 내용을 검토한다.

##### 4-1. 'ICC의 독자적인 재판적격성 결정'의 의미와 요건

ICC<sup>150)</sup>는 '독자적으로 사건의 재판적격성을 결정할 수 있는' 권한을 가진다.<sup>151)</sup> 다시 말해서, ICC(실제 재판기능을 행사하는 재판부)는 재판적격성 결정이 필요한지 여부와 필요하다면 절차의 어떠한 단계에

---

148) 로마규정 제19조와 절차및증거규칙 제58조-제62조. 특히, 로마규정 제19조는 사건의 재판적격성에 대한 이의제기를 규율하는 것 외에도 ICC의 관할권에 대한 이의제기에도 적용된다. 다만 제19조가 보충성 요건의 판단을 위해 특별히 고안된 마지막 절차적 단계라는 주장이 곧 보충성원칙과 관련한 문제가 추후의 단계에서 발생하지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 이 원칙은 로마규정의 여러 다른 조항들과도 연관되어 있기 때문이다. 다만 여러 다른 조항들이 재판적격성을 판단하기 위해 특별히 고안되지 않았을 뿐이다.

149) Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 43.

150) 로마규정 제34조는 'ICC의 기관'을 명시하고 있는데, 여기서의 'ICC'는 재판부, 즉 상황에 따라 '전심재판부', '1심재판부', '상소심재판부'를 의미하는 것으로 이해된다.

151) 로마규정 제19조 제1항. 이 조항에 따르면, ICC는 회부된 모든 사건에 대하여 관할권을 가지는지 여부를 확인할 의무가 있지만, 사건의 재판적격성을 결정하는 데 있어서는 ICC가 재량권을 행사할 수 있다. Markus Benzing, *supra* note 32, p. 621.

서 그러한 결정이 이루어져야 하는지 판단할 재량권을 가진다.<sup>152)</sup> 로마규정과 관련 문서들은 ICC가 위와 같은 권한을 행사할 것인지 여부와 언제 행사할 것인지에 대한 판단기준을 언급하고 있지 않다. 따라서 ICC가 이러한 기준 설정을 하지 않을 수 없다.<sup>153)</sup> ICC는 통상적으로 체포영장이나 소환장 발부 신청을 검토하거나 공소사실을 확인할 때 사건의 재판적격성 문제를 다룰지 여부에 관한 재량권을 행사한다.<sup>154)</sup>

이와 관련하여, ICC는 자신의 독자적인 재량권 행사를 ‘피의자의 이익과 사건의 정황에 따라’ 다르게 취급하였다. 즉 하나는 *Bosco Ntaganda* 사건<sup>155)</sup>의 경우와 같이 피의자가 부재한 상태에서 소추관 일방에 의해 체포영장이 신청되어 재판부가 그 발부 여부를 검토하는 상황에 대한 것이다. 다른 하나는 *Joseph Kony et al.* 사건<sup>156)</sup>과 같

---

152) ICC-PTC II, Situation in Uganda, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen*, “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute”, ICC-02/04-01/05, 2009. 3. 10.[이하 *Kony et al.* Admissibility Decision], paras. 14, 45.

153) *Ibid.*, para. 14.

154) Daniel D. Ntanda Nsereko, *supra* note 16, p. 433.

155) *Bosco Ntaganda* 사건 : Ntaganda는 FPLC(Patriotic Force for the Liberation of Congo)의 작전사령관 등을 역임했으며, 2002년 8월부터 2003년 12월 사이에 콩고민주공화국 내 Ituri 지역에서 발생한 민간인 주민들에 대한 광범위하고 체계적인 공격과 비국제적 무력충돌 등의 상황에서 5건의 인도에 반한 죄와 13건의 전쟁범죄를 범한 혐의로 2007년과 2012년 체포영장이 발부되었다. 이후 2013년 3월 ICC로 자수하여 현재 ICC의 구금 하에 있다. 2015년 9월 재판이 개시되어 2018년 8월 최후진술이 있었다. 현재 1심재판부의 판결을 기다리고 있다. ICC, Case Information Sheet: Situation in DRC - *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06.

156) *Joseph Kony et al.* 사건 : 우간다는 2002년 6월 로마규정을 비준했고, 2004년 1월 자국 영역에서 발생한 사태를 ICC에 회부했다. 우간다에 대한 ICC의 수사는 2002년 7월 1일 이후 주로 북우간다지역에서 반군 LRA와 국가 당국 사이에 발생한 무력충돌 과정에서 자행된 전쟁범죄와 인도에 반한

이 소추관 일방에 의한 체포영장 신청과는 무관한 상황으로 재판부가 독자적으로 재판적격성 결정을 위한 재량권을 일반적으로 행사한 경우이다. 이 때 피의자의 변호인 등 이해관계자의 의견진술 기회가 널리 부여되었다. 이하에서는 위 사건들에 대한 재판부의 입장을 차례로 검토한다.

*Bosco Ntaganda* 사건의 상소심재판부는 크게 두 가지 사안에 대해서 검토하였다.

첫째, 상소심재판부는 담당재판부가 체포영장 신청에 대한 결정을 내리기 이전에 ‘사건의 재판적격성이 있다’는 결정을 해야 하는지 여부를 검토하였는데,<sup>157)</sup> 크게 두 가지 이유로 이를 부정하였다. (i) 전심재판부가 체포영장을 발부하기 위해서는 두 가지 열거적 사항을 충

---

죄에 대한 혐의를 대상으로 이루어졌다. 우간다 사태는 첫 번째 ‘자기회부’ 사례였고, 전심재판부는 2005년 7월 LRA 최고지도자 5명에 대해 ICC의 첫 번째 체포영장을 발부하였다. 그 중 Dominc Ongwen은 2015년 1월 ICC에 자수하여 구금상태에서 현재 재판 계류 중이고, Joseph Kony와 Vincent Otti는 여전히 체포되지 않았다. 나머지 2명, 즉 Raska Lukwiya와 Okot Odhiambo에 대한 절차는 이들의 사망으로 각각 2007년 7월 11일과 2015년 9월 10일 종료되어 해당 일 이후 전심재판부 II의 결정으로 사건에서 명단이 삭제되었다. 이하에서 다룰 재판적격성에 대한 문제는 2009년에 전심재판부 II와 상소심재판부에서 다루어졌으므로 사건에서 Raska Lukwiya의 이름은 삭제되어 있다. ICC, Case Information Sheet: Situation in Uganda – *The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti*, ICC-02/04-01/05; ICC, Case Information Sheet: Situation in Uganda – *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/15.

157) 전심재판부는 사건의 재판적격성이 있다는 1차 판단이 체포영장 발부에 대한 전제조건이라는 입장을 취했다. ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58”, ICC-01/04-1/06, 2006. 2. 10., para. 18(참고로 소추관은 2006년 1월 13일 Thomas Lubanga Dyilo와 Bosco Ntaganda를 대상으로 체포영장을 신청하였는데, 전심재판부는 같은 해 2월 10일 전자에 대해서는 영장을 발부했으나, 후자에 대해서는 사건의 재판적격성이 없다는 이유로 체포영장을 발부하지 않았다).

족해야 한다. 즉 해당자가 ICC 관할범죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적 근거가 있으며, 체포의 필요성이 있는가가 그것이다.<sup>158)</sup> 따라서 재판적격성 결정은 그 전제조건이 아니다.<sup>159)</sup> (ii) 소추관의 체포영장 신청서에는 사건의 재판적격성에 관한 증거나 정보에 관한 사항이 포함되어 있지 않다.<sup>160)</sup> 전심재판부가 사건의 재판적격성을 평가하기 원한다면 소추관에게 추가적인 정보를 요청해야 할 것인데, 이는 체포영장 신청에 관한 절차를 실질적으로 연장시킬 수 있다.<sup>161)</sup> 이러한 결과는 로마규정 제58조가 취하고 있는 접근방식, 즉 전심재판부는 소추관이 제시한 정보와 증거를 근거로 체포영장 신청에 대한 결정을 내려야 한다는 것과 조화되지 아니한다.<sup>162)</sup>

둘째, 상소심재판부에 따르면, 피의자가 부재한 상태에서 소추관 일방에 의해 체포영장이 신청되었을 때 담당 전심재판부는 ‘피의자의 이익을 염두에 두고 사건의 정황에 비추어 적절한 경우’에 한해서만

---

158) 로마규정 제58조 제1항.

159) International Criminal Court–Appeals Chamber(이하 “ICC–AC”라고 한다), Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre–Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58”, ICC–01/04, 2006. 7. 13.[이하 *Bosco Ntaganda* Article 58 Judgment], paras. 43–44.

160) 로마규정 제58조 제2항. 소추관의 신청서는 다음을 포함한다.

- (a) 당해인의 성명 및 기타 관련 신원 정보
- (b) 해당자가 범행의 혐의를 받는 재판소 관할범죄에 대한 구체적 언급
- (c) 그러한 범죄를 구성하는 것으로 주장되는 사실에 대한 간결한 설명
- (d) 해당자가 그러한 범죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적 근거를 형성하는 증거 및 기타 정보의 요약
- (e) 소추관이 당해인의 체포가 필요하다고 믿는 이유

161) *Bosco Ntaganda* Article 58 Judgment, para. 45.

162) *Ibid.*



재판적격성 유무를 결정할 재량권을 행사할 수 있다.<sup>163)</sup> 그 이유에 대해 상소심재판부는 다음과 같이 판시하고 있다.

“피의자가 당해 절차에 참여하지 않은 상태에서 전심재판부가 피의자에 대한 사건의 재판적격성이 있다고 결정하고, 피의자가 추후의 단계에서 로마규정 제19조 제2항 a호에 따라 사건의 재판적격성에 대한 이의제기를 신청한다면, 피의자는 이미 동일 사안에 대해 자신에게 불리하게 결정한 전심재판부에 출석하게 된다. 어느 정도의 先決(predetermination)은 불가피하다. 다른 한편으로, 전심재판부가 피의자에 대한 사건의 재판적격성이 없다고 결정한다면, 피의자의 상황은 더욱 악화될 수 있다. 로마규정 제82조 제1항 a호에 따르면, 재판적격성에 관한 결정은 하나의 권리로서 소추관에 의해 상소될 수 있다. 현 상소는 이러한 종류의 상소이다. 상소심재판부가 전심재판부의 결정을 번복하고 사건의 재판적격성이 있다고 판단한다면, 피의자는 사건의 재판적격성이 있다는 상소심재판부의 결정과 마주치게 될 것이다. 그러므로 전심재판부와 잠재적으로 상소심재판부에 사건의 재판적격성에 대해 이의를 제기할 수 있는 피의자의 권리는 심각하게 손상될 것이다.”<sup>164)</sup>

따라서 전심재판부의 결정재량이 무한정 인정되는 것은 아니다. 상소심재판부에 따르면, 소추관 일방에 의해 체포영장이 신청된 경우 재판적격성 결정에 관한 전심재판부의 독자적인 재량권은 ‘일정한 상황’ 하에서 행사될 수 있을 뿐이라고 한다. 즉 ‘사건이 ICC의 확립된 판례에 근거한 경우’, ‘사건의 재판적격성을 명백히 없게 하는 다툼의 여지가 없는 사실 또는 독자적인 검토를 요하는 외견상의 이유가 있

---

163) *Ibid.*, paras. 46, 52.

164) *Ibid.*, para. 50.

는 경우' 위와 같은 재량권이 행사될 수 있다.<sup>165)</sup> 상소심재판부의 이러한 입장은 이후 ICC의 확립된 판례로 자리잡았다.<sup>166)</sup>

---

165) *Ibid.*, para. 52.

166) ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, "Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain katanga", ICC-01/04-01/07, 2007. 7. 6., paras. 18-20; ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, "Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui", ICC-01/04-02/07, 2007. 7. 6., paras. 18-19; ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, "Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana", ICC-01/04-01/10, 2010. 9. 28., para. 9; ICC-PTC II, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura*, "Decision on the Prosecutor's Application under Article 58", ICC-01/04-01/12, 2012. 7. 13., para. 18; ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*("Omar Al Bashir"), "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", ICC-02/05-01/09, 2009. 3. 4., paras. 46-51; ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, "Public redacted version of "Decision on the Prosecutor's application under article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein"", ICC-02/05-01/12, 2012. 3. 1., para. 10; ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, "Summons to Appear for Bahr Idriss Abu Garda", ICC-02/05-02/09, 2009. 5. 7., para. 8; ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, "Second Decision on the Prosecutor's Application under Article 58", ICC-02/05-03/09, 2009. 8. 27., para. 4; ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, "Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo", ICC-02/11-01/11, 2011. 11. 30., paras. 17-24; ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, "Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Charles Blé Goudé", ICC-02/11-02/11, 2012. 1. 6., paras. 10-12; ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor*

반면, *Joseph Kony et al.* 사건은 앞의 소추관 일방에 의해 체포영장이 신청된 상황과 달리, 피의자들에 대한 체포영장이 이미 발부된 이후 피의자가 체포되지 않은 상태에서 담당 재판부가 독자적으로 재판적격성 결정을 위한 재량권을 행사한 경우이다. 이 사건에서 피의자의 변호인, 관련 국가, 법정조언자(*amici curiae*) 등 이해관계자가 자신들의 의견을 재판부에 제출하였다.<sup>167)</sup>

*Bosco Ntaganda* 사건의 상소심재판부의 입장은 피의자가 변호인을 선임하지 않은 상태에서 소추관 일방의 체포영장 신청에 의해 이루어진 절차를 염두에 둔 것이다. 그렇지만 현 사건에서는 피의자측의 변호인이 선임되어 있고, 관련 국가가 절차에 참여하고 있으며, 법정조언자들의 의견이 제출되었다는 점에서 *Bosco Ntaganda* 사건과 차이가 있다고 전심재판부는 판시하였다. 따라서 전심재판부는 *Bosco Ntaganda* 사건의 상소심재판부의 판단내용이 현 사건과 직접적인 관련성이 없다고 보았다.<sup>168)</sup> 전심재판부의 이러한 입장은 *Bosco Ntaganda* 사건의 상소심재판부가 제시한 재량권 행사 요건이 *Joseph Kony et al.* 사건과 같은 상황에서 ‘반드시’ 적용되어야 하는 것은 아님을 의미한다. 즉 ‘개별사건의 정황에 따라’ 사건의 재판적격

---

*v. Ms Simone Gbagbo*, “Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Simone Gbagbo”, ICC-02/11-01/12, 2012. 3. 2., paras. 10-12.

167) *Kony et al.* Admissibility Decision, paras. 1-12.

168) *Joseph Kony et al.* 사건의 상소심재판부 역시 전심재판부의 위와 같은 입장에 문제가 없다고 보았다. ICC-AC, Situation in Uganda, *The Prosecutor v. Joseph Kony*, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen, “Judgment on the appeal of the Defence against the “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute” of 10 March 2009”, ICC-02/04-01/05 OA 3, 2009. 9. 16.[이하 *Kony et al.* Admissibility Judgment], para. 85.

성 결정을 위한 담당 재판부의 독자적인 재량권 행사 요건이 적용될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다.<sup>169)</sup>

## 4-2. 이의제기 조건과 한계

사건의 재판적격성에 대한 이의제기의 횟수와 시점, 그리고 유형에 대해서 로마규정 제19조 제4항은 다음과 같이 언급하고 있다.

사건의 재판적격성 또는 ICC의 관할권에 대한 이의는 제2항에 규정된 자 또는 국가에 의하여 1회에 한하여 제기될 수 있다. 이의제기는 재판이 시작되기 전 또는 시작되는 시점에 이루어져야 한다. 예외적인 상황에서 ICC는 1회 이상 또는 재판시작 이후의 이의제기를 허가할 수 있다. 재판이 시작되는 시점에서 또는 ICC의 허가를 받아 그 후에 행하는 사건의 재판적격성에 대한 이의제기는 오직 제17조 제1항 c호에 근거하여 할 수 있다.

이에 대해, *Germain Katanga* 사건의 1심재판부는 ‘재판이 시작되는 시점’을 ‘소장단이 1심재판부를 구성한 때’로 보고, ‘로마규정이 재판적

---

169) 이 사건에서 전심재판부는 로마규정 제19조 제1항에 따라 직권에 의한 재량권을 행사할 필요가 있는지 여부를 다음과 같이 판시하였다. 즉 재판부는 우간다 정부가 재판관할권 행사 장소, 즉 ICC인지, 아니면 우간다 특별재판부인지에 대해 명확한 입장을 취하고 있지 않다고 보았다. 특히 우간다가 그 당시 행한 가장 최근의 성명에서, ‘최종 평화협상이 부재한 상황에서 그리고 진행 중인 군사적 적대행위에 비추어 볼 때, 평화협정에서 정한 사항들은 (ICC가 체포영장을 발부한) 4명의 도망범죄인들과 무관하다’는 입장을 밝혔다. 그런데 전심재판부는 이러한 입장이 최종 평화협정이 서명되거나 군사적 적대행위가 중단되는 경우 다시 변경될 수 있다고 보았다. 따라서 이러한 상황에 비추어 볼 때, 전심재판부가 제19조 제1항에 따른 재량권을 행사할 필요가 있다고 보았다. 전심재판부는 이를 *Bosco Ntaganda* 사건의 상소심재판부가 제시한 기준에 비추어 적용하였다. 즉 재판관할권 행사 장소에 대한 이러한 명확성의 결여는 “독자적인 검토를 요하는 의견상의 이유”에 해당한다고 판시하였다. *Kony et al. Admissibility Decision*, para. 44.

격성에 대한 이의제기 시점 및 유형에 관하여 3단계 접근방식을 제시하고 있다’고 보았다. 1단계는 최초 절차 시작부터 공소사실 확인결정이 사무국에 제출될 때까지이며, 이 단계에서의 사건의 재판적격성에 대한 이의제기는 보충성원칙, 일사부재리원칙, 사건의 중대성 모두를 근거로 허용된다. 다만 이의를 제기하는 국가는 “가능한 한 신속하게” 이의를 제기해야 한다. 2단계는 공소사실 확인결정이 사무국에 제출된 이후부터 1심재판부가 구성되기 이전의 기간으로, 이 단계에서는 일사부재리원칙에 근거한 경우에 한해서 이의제기가 이루어질 수 있다. 3단계는 1심재판부가 구성된 이후의 단계로 예외적인 상황에서 그리고 1심재판부의 허가를 받은 경우에만 오직 일사부재리원칙에 근거한 이의제기가 허용된다.<sup>170)</sup> 따라서, 공소사실 확인결정이 사무국에 제출된 이후에는 일사부재리원칙 위반이라고 주장되지 않는다면 사건의 재판적격성이 있는 것으로 보아야 한다.<sup>171)</sup>

그렇지만 *Germain Katanga* 사건의 상소심재판부는 위의 1심재판부의 해석에 오류가 있다는 상소인측의 주장에 대해 판단하지 않고, 대신 ‘오류여부에 대해 심사를 하지 않은 것이 1심재판부의 해석에 동조한다는 의미가 아니다’는 애매모호한 입장을 취함으로써 문제를 회피하였다.<sup>172)</sup>

---

170) ICC-TC II, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, “Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)”, ICC-01/04-01/07, 2009. 6. 16.[이하 *Katanga* Admissibility Decision], para. 49. 재판부는 재판적격성에 대한 이의제기는 절차의 지연없이 신속하게 이루어져야 한다는 것이 로마규정 기초자들의 의도였으며, 일사부재리에 해당하는지 여부는 공소사실의 확인단계에서 알 수 있다는 점 등을 위와 같은 판단근거로 제시하고 있다. 재판부의 판단근거에 대한 자세한 내용은 *Ibid.*, paras. 28-48 참조.

171) *Ibid.*, para. 50.

그런데 이후 *Jean-Pierre Bemba Gombo* 사건의 1심재판부는 ‘재판의 개시’ 시점을 ‘모두 진술(opening statements)이 이루어진 때’라고 해석함으로써 *Germain Katanga* 사건의 1심재판부와 입장을 달리하였다. 1심재판부가 구성된 이후 모두 진술이 있기까지 통상 6개월 이상 소요되며 이 기간 동안 상당한 양의 공판 前 준비활동이 이루어지는데, 재판 개시 시점을 1심재판부 구성시점으로 해석하게 되면 이러한 공판 前 준비 활동이 재판개시 이후에 이루어지게 되는 현상이 발생할 수 있다는 취지였다.<sup>173)</sup>

위의 각 재판부들의 입장 중 *Germain Katanga* 사건의 1심재판부는 로마규정 제19조 제4항의 맥락에서 ‘절차의 신속성’을 고려한 것으로 보이며, 후자는 ‘실질적인 공판개시 시점’을 고려한 것으로 이해할 수 있다.

한편, 이의제기는 원칙적으로 1회에 한하여 제기될 수 있지만, ICC는 예외적인 상황에서 1회 이상의 이의제기를 허가할 수 있다.<sup>174)</sup> 여

---

172) ICC-AC, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, ICC-01/04-01/07 OA 8, 2009. 9. 25.[이하 *Katanga* Admissibility Judgment], para. 38.

173) International Criminal Court-Trial Chamber(이하 “ICC-TC”라고 한다) III, Situation in the Central African Republic, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges”, ICC-01/05-01/08-802, 2010. 6. 24., para. 210.

174) ‘예외적인 상황’과 관련하여 *Germain Katanga* 사건의 1심재판부는 *Germain Katanga*의 변호인측이 2009년 2월 10일 로마규정 제19조 제2항 a호에 따라 행한 사건의 재판적격성에 대한 이의제기에 대해 판단하였다. 변호인측의 이의제기는 로마규정 제17조 제1항 a호 및 b호의 보충성원칙을 근거로 한 것이었다. 그런데 *Katanga*에 대한 공소사실 확인 결정이 2008년 9월 26일 이루어졌으므로, 변호인측이 이의제기 시점에서 원용할 수 있는 근거는 위의 제17조 제1항 c호의 일사부재리가 유일한 것이었다. 따라서 변호

기서 ‘예외적인 상황’이 존재하는지 여부의 판단기준은 유죄판결 또는 양형의 재심에 관한 로마규정의 내용에서 찾아볼 수 있다는 견해가 있다.<sup>175)</sup> 즉 (i) 재판 당시에는 입수할 수 없었던 것으로 그 입수불능에 대하여 전적으로든 부분적으로든 신청 당사자에게 귀책사유가 없었고, (ii) 재판 당시 입증되었다면 다른 판결을 가져 왔을 충분히 중요한 새로운 정보가 발견되었을 경우가 그러하다.<sup>176)</sup>

사건의 재판적격성에 대한 이의제기 절차가 ICC의 어느 재판부에서 수행되는지는 이의제기가 이루어진 시점에 따라 다르다. 즉 ‘공소사실의 확인 이전’에는 전심재판부<sup>177)</sup>, 공소사실의 확인 이후 1심 재판부가 구성되거나 지정되기 이전에는 소장단(the Presidency)에게 이의제기가 이루어져야 하며, 1심재판부가 구성되거나 지정되면 이를 1심재판부에 회부하여야 한다.<sup>178)</sup> 그리고 공소사실이 확인되고 1심재판부가 구성되거나 지정된 이후에는 1심재판부가 이의제기를 심사한다.<sup>179)</sup>

---

인측의 이의제기는 통상적으로 받아들여질 수 없는 것이었다. 그러나 1심재판부는 로마규정과 절차및증거규칙의 관련 조항들의 모호성으로 인해 변호인측이 제때 이의제기를 하지 못했다는 점과 과거 2008년 4월 이루어진 심리에서 전심재판부가 ‘예외적인 상황에서 ICC의 허가를 받는 경우 추후의 재판 단계에서 변호인측이 이의를 제기할 수 있다’고 강조한 점을 참작하여 예외적으로 본안에 대해 결정하기로 한 바 있다. *Katanga* Admissibility Decision, paras. 51–58.

175) Christopher K. Hall *et al.*, “Article 19 – Challenge to the jurisdiction of the Court or the admissibility of a case”, in Otto Triffterer (*ed.*), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article* (3rd *ed.*) (Reemers Publishing Services, 2015), p. 879.

176) 로마규정 제84조 제1항 a호.

177) 로마규정 제19조 제6항.

178) 절차및증거규칙 제60조.

179) 로마규정 제19조 제6항.

재판적격성에 관한 결정에 대하여는 모든 당사자가 상소심재판부에 상소할 수 있다.<sup>180)</sup> 상소는 그 자체로 정지적 효력을 갖지 않는다.<sup>181)</sup> 그렇지만 소추관은 국가가 사건의 재판적격성에 대해 이의를 제기하면 사건의 재판적격성이 있는지 여부를 ICC가 결정할 때까지 수사를 정지해야 한다.<sup>182)</sup> 그러나 ‘피의자 또는 체포영장이나 소환장이 발부된 자’<sup>183)</sup>가 사건의 재판적격성에 대해 이의를 제기하는 경우에는 소추관이 수사를 정지할 필요가 없다.

180) *Ibid.*

181) 로마규정 제82조 제3항. 그렇지만 절차및증거규칙 제156조 제5항에 따라 상소당사자가 정지적 효력을 요청할 수 있다. 이 경우 상소심재판부가 정지적 효력을 부여할지 여부는 재량사항이다. 한편, ICC 판례는 정지적 효력을 부여하기 위한 요건을 다음과 같이 제시하고 있다. 즉 상소의 대상인 결정(예컨대, 로마규정 제19조의 재판적격성에 대한 이의제기에 관한 전심재판부의 결정)을 이행할 경우, (i) 상소심재판부가 종국적으로 상소인에 유리한 판단을 내릴지라도, 이를 정정할 수 없을 정도의 회복불가능한 상황(irreversible situation)을 발생시킬 것인지 여부, (ii) 정정하기 매우 어렵거나 회복할 수 없는 결과(consequences)를 야기할 것인지 여부, (iii) 상소의 목적을 잠재적으로 좌절시킬 수 있는지 여부가 그러하다. ICC-AP, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the request for suspensive effect and the request to file a consolidated reply”, ICC-01/11-01/11 OA 6, 2013. 11. 22., para. 14. 이 사건에서 Al-Senussi의 변호인측은 전심재판부의 재판적격성이 없다는 결정에 대해 상소를 제기하면서 상소의 효과에 기해 리비아의 국내절차가 정지되어야 한다고 주장하였다. Al-Senussi가 리비아의 국내절차에 따라 재판을 받을 경우 사형을 부과받을 수 있는 등 회복할 수 없는 상황과 결과를 야기할 수 있다는 이유였다. 이에 대해, 상소심재판부는 정지적 효력을 명령하는 목적은 심판대상 결정(여기서는 전심재판부의 재판적격성에 대한 이의제기 결정을 의미)이 내려지기 이전에 존재하는 상황을 유지하기 위한 것인데, 전심재판부가 재판적격성에 대한 이의제기를 심의하는 동안 국내적 수사가 정지되어야 한다는 내용은 로마규정 어디에도 없다면서, 전심재판부의 결정이 리비아의 국내절차에 어떠한 영향도 미치지 않았기 때문에, 정지적 효력에 대한 명령을 내리더라도 국내절차의 정지나 종료를 발생시키거나 달리 영향을 미치지 않는다면 변호인측의 정지적 효력 요청을 기각하였다. *Ibid.*, paras. 15-18.

182) 로마규정 제19조 제7항.

183) 로마규정 제19조 제2항 a호.



한편, 사건의 재판적격성에 대한 이의제기는 (i) 피의자 또는 체포영장이나 소환장이 발부된 자, (ii) 사건에 대하여 관할권을 가지는 국가 등에 의해 이루어질 수 있다.<sup>184)</sup> 그런데 로마규정은 개인이나 국가가 ‘동시에’ 이의제기하는 상황을 규정하고 있지 않다.<sup>185)</sup> 특히 국가에 의한 이의제기는 피의자 등에 의한 경우와 달리 ‘가능한 한 신속하게’ 이루어져야 한다.<sup>186)</sup> 따라서 양자가 동시에 이의제기할 가능성을 예상하기는 곤란하다. 또한 어느 한 국가가 수사를 진행하고 있거나 진행했지만, 다른 국가는 아직 수사 개시 여부를 결정하는 과정에 있다면 동시에 이의제기를 할 가능성은 더욱 낮을 것이다. 전자가 먼저 이의제기를 할 가능성이 높기 때문이다.

#### 4-3. 수사의 일체성과 효율성 보호

재판적격성에 대한 예비결정 단계와 마찬가지로 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계에서도 수사의 일체성과 효율성을 보호하기 위한 몇 가지 보장방안이 마련되어 있다.

첫째, ICC 사무국장이 이의제기 절차에 참가할 수 있는 당사자들에게 이의제기의 이유에 대해 고지할 때, 그러한 고지는 ‘정보의 비밀성, 관련자의 보호, 그리고 증거의 보전에 대한 ICC의 의무와 부합’하

184) 로마규정 제19조 제2항 및 제4항.

185) John T. Holmes에 따르면, 실제 준비위원회에서 절차및증거규칙을 검토하면서, 국가들의 이의제기와 다른 주체, 즉 피의자 등의 이의제기를 병합하도록 하자는 제안이 있었지만, 로마규정에 상반된다는 이유로 받아들여지지 않았다고 한다. John T. Holmes, *supra* note 45, p. 684.

186) 로마규정 제19조 제5항. 그러나 국가들이 ‘가능한 한 신속하게’ 이의제기를 하지 않았다고 해서 이를 제재할 방법을 로마규정은 언급하고 있지 않다. Christopher K. Hall *et al.*, *supra* note 175, p. 881.

여야 한다.<sup>187)</sup>

둘째, ‘예외적인 상황’이 아니라면, 이의제기권은 ‘1회에 한하여’ 행사될 수 있다.<sup>188)</sup> 이와 같이 이의제기권을 제한하는 이유는 가능한 한 신속하게 절차를 진행하기 위해서이다.<sup>189)</sup>

셋째, 재판이 시작되는 시점에서 또는 ICC의 허가를 받아 그 후에 행하는 이의제기는 오직 일사부재리원칙에 근거하여 할 수 있다.<sup>190)</sup> 따라서, 이 경우에 당사자들은 보충성원칙에 근거하여, 즉 사건이 수사되고 있거나 수사되었다는 이유로 이의제기를 하지 못한다.

넷째, 이의제기권이 있는 국가는 ‘가능한 한 신속하게’ 이의제기를 해야 한다.<sup>191)</sup> 그러나 ‘이의제기권이 있는 자’에게는 이러한 요건이 적용되지 않는다. 국가가 가능한 한 신속하게 이의제기를 하지 않은 경우에 대해서 로마규정과 절차및증거규칙은 침묵하고 있다. 그렇지만 국가가 ‘가능한 한 신속하게’ 이의제기했을 경우, 예를 들어 국가가 재판이 시작되기 전에 이의제기를 한다면, 그 사유, 즉 보충성원칙, 일사부재리원칙, 그리고 사건의 중대성 등을 필요에 따라 모두 원용할 수 있게 된다.

다섯째, ICC의 결정이 계류 중인 동안, 소추관은 ICC로부터 여러 가지 허가를 구할 수 있다. 즉 (i) 증거를 보전하기 위하여 필요한 수

---

187) 절차및증거규칙 제59조 제2항.

188) 로마규정 제19조 제4항.

189) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 683.

190) 로마규정 제19조 제4항.

191) 로마규정 제19조 제5항. 이 조항은 병렬적이고 경쟁적인 절차 진행가능성을 최소화하기 위해 마련된 것으로 ICC가 국내법원과 경쟁하기 보다는 이를 보충해야 한다는 의도를 반영한 것이다. *Katanga* Admissibility Decision, para. 45.

사 조치의 수행, (ii) 증인으로부터 진술이나 증언의 취득 또는 이의제기를 하기 전에 시작된 증거의 수집 또는 조사의 완료, (iii) 관련 국가들과 협력하여, 소추관이 이미 체포영장을 신청한 자의 도주를 방지하기 위한 조치 등이 이에 해당한다.<sup>192)</sup> 이러한 조치의 신청은 소추관 ‘일방에 의해 비공개로(*ex parte and in camera*)’ 이루어지며, 전심재판부는 소추관의 신청에 대해 신속하게 결정한다.<sup>193)</sup>

마지막으로, 이의제기는 ‘이의제기 이전에 소추관이 수행한 여하한 행위 또는 ICC가 발부한 여하한 명령이나 영장의 효력에 영향을 미치지 아니한다.’<sup>194)</sup> 따라서, 이의제기 이전에 전심재판부가 발부한 체포영장은 이의제기와 별도로 집행될 수 있다.

한편, ICC가 사건의 재판적격성이 없다고 결정하였거나, 또는 소추관이 재판적격성 문제를 고려하여 수사를 보류하는 경우, 소추관은 국내절차에 대해 다음과 같이 일종의 감시역할을 수행할 수 있다.

첫째, 소추관이 제17조에 따라 재판적격성이 없다고 판단되었던 근거를 부정하는 새로운 사실이 발생하였음을 충분히 확인한 때에는 그 결정에 대한 재검토 요청서를 제출할 수 있다.<sup>195)</sup>

둘째, 소추관이 수사를 보류하는 경우, 소추관은 관련국에게 절차진행에 관한 정보를 제공하여 줄 것을 요청할 수 있다.<sup>196)</sup> 그렇다면

---

192) 로마규정 제19조 제8항.

193) 절차및증거규칙 제61조.

194) 로마규정 제19조 제9항.

195) 로마규정 제19조 제10항. 절차및증거규칙 제62조 제1항에 따르면, 그러한 요청은 ‘재판적격성에 대해 마지막에 결정을 내린 재판부에’ 제기되며, 같은 조 제2항은 이의제기국이 소추관의 요청 사실을 통지받고 일정한 시간 내에 의견을 제출할 수 있도록 하고 있다.

196) 로마규정 제19조 제11항.

소추관의 정보제공 요청에 대해 당사국이 ‘부당한 지연 없이 응해야’ 하는가?<sup>197)</sup> 이에 대해 당사국의 응할 의무는 로마규정 제86조의 규정에 따라 ICC와 협력할 일반적 의무에서 비롯된다고 일면 생각할 수 있다. 그러나 제86조를 포함한 로마규정 제9부의 규정들은 수사 보류 상황에서는 적용되지 않는다. 이러한 점에서 수사보류 상황에서의 소추관의 감시 역할은 상당히 약한 의미를 갖고 있다. 국가가 자국 절차에 관한 정보를 요청받은 경우 적극적으로 협력할 의무가 없기 때문이다.

#### 4-4. 절차적 남용 가능성

절차의 지연이나 남용 가능성은 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계에서도 존재한다.

첫째, 재판적격성에 대한 예비결정 단계에서 전심재판부의 수사허가결정에 대해 상소 등 이의를 제기한 국가는 ‘추가적인 중대한 사실 또는 중대한 사정변경을 근거로’ 사건의 재판적격성에 이의를 제기할 수 있다.<sup>198)</sup> 그런데 악의의 국가들은 사정의 변경을 야기할 수 있는 사실을 의도적으로 감추었다가 의도적으로 늦게 이러한 사실을 제출할 가능성이 있다.<sup>199)</sup>

---

197) 로마규정 제18조 제5항과 비교하라. 이 조항에 따르면, 소추관의 정기적인 정보제출요청에 대해 당사국은 부당한 지연 없이 그 요청에 응해야 한다.

198) 로마규정 제18조 제7항.

199) 예컨대, 로마규정 제18조 제2항에 따라 국가가 수사보류를 요청하였고, 이후에 그 당시 입수한 정보만으로는 계속해서 수사를 진행시키기에 충분하지 않았다고 주장했다고 하자. 이에 대해 로마규정 제18조 제3항에 따라 소추관이 재검토한 후 절차및증거규칙 제56조에 따라 전심재판부에 ‘의사부재’나 ‘능력부재’를 근거로 수사허가를 신청하여 허가를 받았는데, 관련 국가는

둘째, 사건의 재판적격성에 대한 이의제기는 복수의 주체에 의해 이루어질 수 있다.<sup>200)</sup> 다만 ‘가능한 한 신속하게’ 이의제기해야 하는 주체는 국가에 한정되므로 피의자는 이에 제한을 받지 않는다.<sup>201)</sup> 따라서, 피의자와 국가가 동시에 이의제기를 할 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 또한 복수의 국가들에 의해 제기된 이의가 ICC에 의해 수락된다면 어느 국가에게 수사를 진행시킬지 여부를 결정해야 하는 절차가 추가될 수 있다. 즉 절차적 지연이 이루어질 가능성이 있다.<sup>202)</sup>

---

자신들이 수사를 진행하고 있지만 충분한 증거를 확보하지 못했다고 항변하면서 전심재판부의 수사허가 결정에 대해 상소심재판부에 상소를 하였으나 다시 기각되었다. 이후 당해 국가가 진행 중인 사건에 대한 증거를 추가적으로 확보했다고 주장하면서 제19조에 따른 이의제기를 할 수 있게 된다. Jann K. Kleffner, *supra* note, 12, p. 189.

200) 로마규정 제19조 제2항.

201) 로마규정 제19조 제5항.

202) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 684.

### 제3장 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙

로마규정 전문과 제1조에서 밝힌 보충성원칙은 재판적격성 결정기준을 제시하고 있는 로마규정 제17조에서 구체적으로 나타난다.<sup>203)</sup> 이러한 점에서, 재판적격성은 보충성원칙의 이행을 가능하게 하는 도구 내지 수단으로 볼 수 있다.<sup>204)</sup>

ICC는 재판적격성 문제를 독립적으로 평가하고 결정할 유일한 기관이다.<sup>205)</sup> 여기서의 ‘ICC’는 그 하부의 여러 기관들, 즉 전심재판부, 1심 재판부, 상소심재판부를 의미한다. 이들 재판부는 재판적격성 문제가 발생하는 여러 절차적 단계에서 재판적격성 결정기준을 평가하게 된다.

로마규정상 사건의 재판적격성이 있는지 여부는 3가지 판단기준에 따라 결정된다(제17조 제1항). 이러한 판단기준에는 (i) 보충성원칙(a호 및 b호), (ii) 일사부재리원칙(c호),<sup>206)</sup> (iii) 사건의 중대성(d호)<sup>207)</sup>이

---

203) 예컨대, 로마규정 제17조 제1항 두문(또는 총칙; chapeau)은 “전문 제10항과 제1조를 고려하여”라는 문구를 구체적인 재판적격성 결정기준을 언급하기 전에 제시하고 있다.

204) *Kony et al. Admissibility Decision*, para. 34.

205) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 672. 로마회의 준비위원회는 사건의 재판적격성이 있는지 여부를 결정하는 것은 국가가 아니라 ICC이어야 함을 강하게 인식하고 있었다. Leila Sadat Wexler, “Committee Report on Jurisdiction, Definition of Crimes, and Complementarity”, 25 *Denver Journal of International Law and Policy* 221 (1997), p. 232.

206) 로마규정 제20조는 세 가지 유형의 일사부재리를 다루고 있다. 제1항은 ‘누구도 ICC에 의하여 유죄 또는 무죄판결을 받은 범죄의 기초를 구성하는 행위에 대하여 ICC에서 재판받지 아니한다’고 규정하고 있다. 이는 적용대상만 ICC일뿐 하나의 동일한 관할권내에서 통상적으로 부여되는 일사부재리원칙을 의미한다. 제2항은 ICC가 이미 ICC 관할범죄에 대해 재판을 한 경우 ‘다른 재판소에 의해’ 추후 재판받지 못하도록 규정하고 있다. 제3항은 제6조-제8조의2까지 금지된 행위에 대해 다른 재판소에서 재판을 받은 자가 동일한 행위에 대해 ICC에서 재판받지 않는다는 내용을 규정하고 있다. 일사부재리의 원칙의 근거, 뉘른베르그 헌장과 ICTY 및 ICTR 규정상의 일사부재리

있다. 여기서는 이 중 보충성원칙의 적용에 관하여 검토하기로 한다. 참고로 이 논문에서 보충성 요건의 충족을 이유로 사건의 재판적격성이 있다고 표현하더라도, 이는 일사부재리원칙이 적용되지 않고 사건의 중대성이 있다는 것을 전제로 한 것임을 필자가 밝혀 두는 바이다.

보충성원칙은 사건(case)에 대하여 관할권을 가지는 국가가 수사 또는 기소와 관련하여 국내적 수준에서 어떠한 조치를 취하였는지와 사건이 어느 정도 진행되었는지 여부에 따라 구분된다. 즉 ‘사건이 수사되고 있거나 또는 기소된 경우’와 ‘사건이 수사되었고, 국가가 해당자를 기소하지 아니하기로 결정한 경우’로 나뉜다. 원칙적으로 이러한 요건들이 충족되면, ICC는 사건의 재판적격성이 없다고 결정할 수 있다.

그렇지만 다음의 경우에는 예외적으로 사건의 재판적격성이 있게 된다. 즉 ‘국가가 진정으로 수사 또는 기소를 할 의사가 없거나 능력

---

원칙, 로마규정 제20조의 일사부재리원칙에 대한 자세한 내용은 Christine van den Wyngaert & Tom Ongena, "Ne bis in idem principle, including the issue of amnesty" in A. Cassese *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, 2002), pp. 707-710, 717-726 참조. 따라서 로마규정 제20조의 일사부재리원칙은 단지 ICC가 관련되어 있는 때에만 적용되는 것이며, 국내법원에 의해 유죄선고를 받거나 무죄석방된 경우에는 ICC에서의 2차적 기소는 금지되지만 타국 법원에서의 2차적 기소는 금지하고 있지 않다. 최태현, *supra* note 12, p. 113. 로마규정 제20조 제3항은 일사부재리원칙의 예외를 구성하는 두 가지 상황, 소위 허위재판(sham trial) 상황을 규정하고 있다. Christine van den Wyngaert & Tom Ongena, *op. cit.*, p. 724; Elizabeth Garcia, *supra* note 15, p. 66; Linda E. Carter, "The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of *Ne Bis in Idem*", 8 *Santa Clara Journal of International Law* 165 (2010), p. 178. 즉 해당 국가의 국내절차가 적절하게 기능하지 않는 상황을 염두에 두고 있다. *Ibid.*, pp. 177-178. 이러한 두 가지 예외는 로마규정 제17조 제2항 a호와 c호에 규정된 ‘의사부재’의 두 가지 형태와 매우 유사하다. *Ibid.*, p. 177 & note 38.

207) ‘사건이 ICC의 추가적인 조치를 정당화하기에 충분한 중대성이 없는 경우’ 사건의 재판적격성이 인정되지 않는다.

이 없는 경우'(a호), 또는 '기소하지 아니하기로 한 국가의 결정이 진정으로 기소하려는 의사 또는 능력의 부재에 따른 결과인 경우'(b호) 재판적격성이 인정될 수 있다.

한편, 로마규정 제17조 제2항과 제3항은 '특정 사건에서의 의사부재와 능력부재를 결정하기 위해서' ICC가 고려해야 할 내용들을 적시하고 있다.

'의사부재' 여부를 결정하기 위해서 ICC는 '국제법에 의하여 인정되는 적법절차의 원칙에 비추어' 다음의 어느 하나 이상의 경우가 존재하는지 고려한다. 즉 (i) 제5조에 규정된 ICC 관할범죄에 대한 형사책임으로부터 해당자를 보호할 목적으로 절차가 취해졌거나, 진행 중이거나 또는 국내적 결정이 내려진 경우, (ii) 상황에 비추어, 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않게 절차의 부당한 지연이 있었던 경우, (iii) 절차가 독립적이거나 공정하게 수행되지 않았거나 수행되지 않고 있으며, 상황에 비추어 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않는 방식으로 절차가 진행되었거나 또는 진행 중인 경우가 그러하다.

또한 '능력부재' 여부를 결정하기 위해서, ICC는 당해 국가가 그 국가의 사법제도의 전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능으로 인하여 피의자나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 여부 또는 달리 절차를 진행할 수 없는지 여부를 고려한다.

이하에서는 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙의 주요 쟁점인 재판적격성 평가대상으로서의 '사건'의 의미와 이로부터 파생된 주요 기준을 분석하고, ICC의 사건에서 이러한 기준들이 어떻게 해석·적용되고 있는지 검토한다. 다만, 국가가 관할권을 행사하였음에도 불구하고 의사부재와 능력부재 등에 해당하여 ICC에서의 사건의 재판적격성이 부정되는 '예외사유'에 관한 논의는 제4장에서 별도로 검토한다.



## 제1절 재판적격성 평가대상으로서의 ‘사건’의 의미

### 1. 재판적격성 평가가 이루어지는 절차적 단계

로마규정상 재판적격성의 평가 대상은 ‘사건’(case)이다.<sup>208)</sup> 수사를 개시할지 여부를 결정할 때에도 소추관은 ‘사건’의 재판적격성이 있는지 또는 있게 될지 여부를 고려한다.<sup>209)</sup>

로마규정은 재판적격성 평가가 이루어지는 여러 절차적 단계를 규정하고 있다. 이러한 단계는 ‘사태’(situation)로 시작하여 한 명 이상의 피의자가 기소를 위해 특정되는 구체적인 ‘사건’으로 마무리된다.<sup>210)</sup>

좀 더 구체적으로 설명하면, 당사국이나 안전보장이사회의 사태회부 또는 소추관의 독자적 수사라는 로마규정 제13조상의 체소장치가 작동된 이후 예비조사를 거쳐 수사개시 결정 및 재판적격성에 대한 예비결정 단계까지는 아직 구체적인 ‘사건’으로까지 발전하지 않은 상태이다. 즉 재판적격성에 대한 예비결정 단계까지는 혐의자와 범죄사실이 특정되지 않은 ‘사태’에 머물러 있게 된다.

통상적으로 어떠한 ‘사태’가 ‘사건’으로 구체화되는 것은 최소한 ‘체포영장이나 소환장이 발부된 이후’부터이며, ‘사건의 재판적격성에 대한 이의제기’ 단계에서는 상대적으로 가장 구체적인 ‘사건’에 대한 재판적격성 평가가 이루어진다.<sup>211)</sup>

---

208) 로마규정 제17조.

209) 로마규정 제53조 제1항 b호.

210) ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 2010. 3. 31., para. 41.

그런데 ‘사태’에서 구체적인 ‘사건’으로 아직 성숙되지 않았음에도 재판적격성 평가 대상을 여전히 ‘사건’이라고 보는 데에는 문제가 있다. 이러한 인식 하에 이하에서는 로마규정상 ‘사태’와 ‘사건’의 개념이 무엇이고, ICC에서의 절차단계에서 재판적격성의 평가대상이 구체적으로 무엇인지에 대해 차례대로 검토한다.

## 2. ‘사태’와 ‘사건’의 개념

로마규정상 ‘사태’(situation)라는 용어는 ICC가 수사를 개시할 합리적인 근거가 있는지 여부를 결정하는 한계(confines)이자 그 이후의 수사에 대한 관할권적 범위를 지칭한다.<sup>212)</sup> ‘사태’는 로마규정의 관할권적 범위, 즉 일반적으로 물적, 시간적, 영토적, 인적 관할권에 의하여 정의된다.<sup>213)</sup> 예를 들어, 우간다 사태(Uganda Situation)는 ‘2002년

211) ICC-AC, Situation in the Democratic Republic of the Congo, “Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58””, ICC-01/04, 2006. 7. 13., para. 52; ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* (“Ahmad Harun”) and *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (“Ali Kushayb”), “Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute”, ICC-02/05-01/07, 2007. 4. 27., para. 18.

212) Rod Rastan, *supra* note 73, p. 422.

213) ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, “Decision on Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1-6”, ICC-01/04, 2006. 1. 17., para. 65 참조. 로마규정은 4가지 유형의 관할권을 규정하고 있다. 제5조-제8조의2는 ICC의 물적(*ratione materiae*) 관할권, 즉 ICC 관할범죄를 규정하고 있다. 또한 시간적(*ratione temporis*) 관할권은 제11조, 인적(*ratione personae*) 관할권은 제12조와 제26조, 그리고 영토적 내지 장소적(*ratione loci*) 관할권은 제12조와 제13(b)조에 규정되어 있다. ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an

7월 1일 이후 주로 북우간다지역에서 반군 LRA와 정부군 사이에서 발생한 무력충돌 과정에서 자행된 전쟁범죄와 인도에 반한 죄에 대한 혐의'와 같이 정의된다.

로마규정 입법경과를 보면, '사태'라는 용어를 선택하게 된 배경에는 국가가 제소절차를 정치적으로 이용하는 것을 미연에 방지하기 위한 일부 협상대표들의 의도가 담겨있다. 즉 이들 협상대표들은 어떠한 당사국이 개별 혐의자들을 소추관에게 선택적으로 회부하는 것에 대해 우려하였다.<sup>214)</sup> 실제, 콩고민주공화국 사태와 우간다 사태에서 해당 국가가 스스로 ICC에 사태를 회부한 사례는 선택적 회부의 예로 제시되기도 한다.

따라서 제소주체가 어떠한 '사태'를 ICC에 회부하면서 특정 행위나 피의자 내지 당사자들을 지목하더라도 소추관은 이에 구속되지 않는다.<sup>215)</sup> 로마규정상 당사국이나 안전보장이사회의 '사태' 회부는 이러한 점을 반영하고 있다.<sup>216)</sup>

---

Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", ICC-01/09, 2010. 3. 31., paras. 38-39.

214) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1996, Vol. I (UN Doc. A/51/22), para. 146.

215) 예컨대, 우간다는 사태 회부시 반군 LRA가 실행한 범죄에 국한시키고자 하였지만, ICC 소추관은 회부의 범위에 대해 LRA를 포함한 Northern Uganda에서 실행된 모든 범죄로 판단하였고, 결국 분쟁의 모든 당사자들에게 확대되었다. Letter by the Chief Prosecutor of 17 June 2004 addressed to the President of the ICC, attached to the Decision of the Presidency Assigning the Situation in Uganda to Pre-Trial Chamber II, 2004. 7. 5., ICC-02/04-1.

216) 제13조 관할권의 행사

재판소는 다음의 경우 이 규정이 정한 바에 따라 제5조에 규정된 범죄에 대하여 관할권을 행사할 수 있다.

a. 1개 또는 그 이상의 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태가 제14조에 따라 당사국에 의하여 소추관에게 회부된 경우

한편, ‘사건’(case)은 ‘한개 이상의 ICC 관할범죄가 한명 이상의 특정 피의자들에 의해 범하여진 것으로 보이는 특정한 범죄사건들’을 의미한다.<sup>217)</sup> *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 상소심재판부는 로마규정 제 17조 제1항 a호의 ‘사건’의 개념요소를 수사 중인 ‘피의자’와 로마규정에 따라 형사책임을 야기하는 ‘행위’(conduct)로 규정하였다.<sup>218)</sup> 또한 상소심재판부는 ‘현 사건에서 ‘행위’는 피의자인 Gaddafi의 행위 (conduct) 및 피의자에게 귀속되는 수사 중인 범죄사건(incident)에 기재된 행위(conduct)’를 의미한다고 판시하였다.<sup>219)</sup> 그런데 상소심 재판

b. 1개 또는 그 이상의 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태가 국제연합헌장 제7장에 따라 행동하는 안전보장이사회에 의하여 소추관에게 회부된 경우

c. 생략.

제14조 당사국에 의한 사태의 회부

1. 당사국은 재판소 관할권에 속하는 하나 또는 그 이상의 범죄의 범행에 대하여 1인 또는 그 이상의 특정인이 책임이 있는지 여부를 결정하기 위하여 그러한 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태를 수사하도록 소추관에게 요청하여, 재판소 관할권에 속하는 하나 또는 그 이상의 범죄가 범하여진 것으로 보이는 사태를 소추관에게 회부할 수 있다.

2. 생략.

217) 원문은 “specific incidents during which one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects”이다. ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, “Decision on Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1-6”, ICC-01/04, 2006. 1. 17., para. 65.

218) ICC-AC, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi””, ICC-01/11-01/11 OA 4, 2014. 5. 21.[이하 *Gaddafi* Admissibility Judgment], para. 61.

219) *Ibid.*, para. 62. 상소심재판부는 ‘incident’를 ‘a historical event, defined in time and place, in the course of which crimes within the jurisdiction of the Court were allegedly committed by one or more direct perpetrators’를 가리키는 것으로 이해된다고 하였다. *Ibid.*

부는 범죄사건(incident)의 정확한 범위는 추상적으로 결정되어서는 안 되며, 범죄의 맥락(the context of the crimes) 및 피의자의 전반적인 혐의를 포함한 ‘사건의 모든 정황’(all the circumstances of a case)에 대한 분석이 필요하다고 하였다.<sup>220)</sup> 따라서, ‘사건’은 ‘사태’에 비해서 훨씬 높은 수준의 구체성을 요한다.<sup>221)</sup> 이러한 엄격한 의미의 ‘사건’의 개념은 체포영장이나 소환장이 발부된 시점부터 적용된다.

그렇다면 체포영장이나 소환장이 발부되기 이전의 시점, 즉 최초의 수사적 조치를 취하는 시점부터 재판적격성에 관한 예비결정 단계까지는 ‘사건’이 아니라 ‘사태’에 대한 재판적격성을 평가하는 것인가의 문제가 제기된다. 이하에서는 재판적격성의 평가 대상이 ICC에서의 절차단계별로 ‘사태’ 내지 ‘사건’인지, 아니면 제3의 무엇인지에 대해 살펴본다.

### 3. 재판적격성 평가 대상

#### 3-1. 견해의 대립

재판적격성 평가 대상이 ‘사태’인지 아니면 ‘사건’인지에 대한 문제가 과거부터 쟁점이 된 바 있다. 먼저, 재판적격성 평가 대상을 ICC에서의 절차단계에 따라 ‘사태’와 ‘사건’으로 구별하자는 입장이 있다.<sup>222)</sup> 이 입장에 따르면, 전반적인 상황으로서 이해되는 ‘사태’에 관

---

220) *Ibid.*

221) Rod Rastan, *supra* note 73, p. 437.

222) Kai Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court* (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010), p. 39.

한 재판적격성의 판단은 수사 개시 여부의 결정 단계나 재판적격성에 관한 예비결정 단계에 더 적합하게 된다고 한다. 반면, ICC에서 수사의 대상이 되는 사람과 행위 모두를 포함시킬 만큼 좁게 해석되는 ‘사건’은 재판적격성에 대한 이의제기 단계에서 더욱 요구된다.

이와 달리, 수사 개시 여부의 결정단계에서 ‘사건’의 재판적격성을 판단하게 되는데,<sup>223)</sup> 이 때 소추관은 ‘잠재적인 사건들’(potential cases)을 먼저 특정하고, 각각의 사건에서 수사가 개시되어야 하는지 여부와 그 이후에 누가 하나 이상의 범죄에 대해 혐의를 받게 되는지를 판단해야 한다는 견해도 있다. 즉 이 견해에 따르면, 수사 개시 여부의 결정단계에서의 재판적격성 평가대상은 ‘사태’가 아니라 ‘잠재적 사건’이라고 한다.<sup>224)</sup>

ICC 소추부는 수사 개시 여부 결정 단계에서의 재판적격성의 판단 대상은 더욱 광범위한 상황일 수 있음을 확인하고 있다. 소추부에 따르면, 예를 들어 당사국이 ICC에 ‘사태’를 회부한 경우, 수사 개시 또는 절차 진행여부 판단 시 소추관은 여전히 진행 중인 무력충돌 상황에서 발생했다고 알려진 다수의 사건들을 포함한 더 일반화된 형태의 일련의 사실을 보유하는 경우가 많을 것이라고 한다.<sup>225)</sup> 실제, 수단 다르푸르 사태에서 수사 개시의 이유를 설명할 때, 소추관은 ‘사건의 재판적격성이 있는지 또는 있게 될지 여부’라는 문구에 대해 다음과 같이 이해하고 있다고 설명한 바 있다.

---

223) 로마규정 제53조 제1항 b호.

224) H. Friman, “Investigation and Prosecution”, in R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court—Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational Publication, New York, 2001), p. 494(Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 195에서 재인용).

225) ICC-OTP, *supra* note 71, p. 9, note 10.

“다르푸르 사태에서 재판적격성이 있을 수 있는 사건들(cases)이 있을 것인지 여부를 고려할 것 [...] 이러한 평가를 함에 있어서, 소추관은 제기된 범죄들의 성격과 그러한 범죄들에 대해 가장 책임이 있는 자에 관한 정보를 고려한다. 사건의 재판적격성을 분석하기 위해, 소추부는 수단의 제도, 법률, 그리고 절차들을 연구해 왔다. ... 소추부는 또한 12명 이상의 개인들을 인터뷰했으며, 개인들에게 범죄를 신고하고 사법에의 접근을 허용하기 위해 마련된 제도를 포함한 다르푸르에서 범하여졌다고 알려진 ICC 관할범죄에 관하여 취해졌을 국내절차에 관한 정보를 얻고자 했다. 또한 소추부는 다르푸르에서의 분쟁상황과 관련하여 수단정부가 설치한 다수의 임시기구나 제도에 관한 정보를 수집했다. [...] 정보를 검토한 바, 소추관은 2005년 6월 1일 다르푸르 사태에 관한 사건들이 재판적격성이 있게 될 것이라고 믿을 만한 충분한 정보가 존재한다고 판단했다. [...] 재판적격성 평가는 ICC에 의해 기소될 수 있는 특정사건들에 대해 앞으로도 계속해서 이루어지는 평가이다. 일단 수사가 진행되었고 특정사건들이 선별되었다면, 소추부는 그러한 사건들이 진정으로 국가에 의해 수사 또는 기소되고 있거나, 또는 그렇게 되었는지 여부를 평가할 것이다.”<sup>226)</sup>

### 3-2. ICC 재판부의 견해

ICC는 절차단계별로 재판적격성의 평가 대상인 ‘사건’에 대해 탄력적인 해석방식을 채택해 왔다. 로마규정에서 재판적격성 평가와 관련된 절차들은 제53조 제1항의 수사 개시 여부 결정 단계, 제18조의 재판적격성에 대한 예비결정 단계, 제58조의 체포영장이나 소환장 발부

---

226) ‘Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1593’, 2005. 6. 29., pp. 3-4.

단계, 제19조의 재판적격성에 대한 이의제기 단계로 구분할 수 있다.<sup>227)</sup> ICC 전심재판부는 그 중 앞의 두 단계에서의 재판적격성 평가가 특정 ‘사건’이 아닌 전체적인 ‘사태’와 연관된다고 하면서도,<sup>228)</sup> 수사 개시 여부 결정 단계에서의 재판적격성 평가는 ‘잠재적 사건들’을 대상으로 이루어진다는 입장을 표명하였다.

### 3-2-1. ‘잠재적 사건’

케냐 사태에 대한 수사허가 결정에서, 전심재판부는 수사 개시 여부 결정 단계에서의 재판적격성의 평가는 ‘잠재적 사건들’(potential cases)을 대상으로 이루어진다고 판시하였다.

전심재판부에 따르면, 로마규정 기초자들은 합의 도출의 어려움을 이유로 재판적격성 관련 조문들의 본질에 대해 다시 논의하기를 꺼려하여 로마규정 제17조를 포함한 재판적격성에 관련된 모든 조문들에 ‘사건’이라는 용어를 변경 없이 유지시켰다고 한다.<sup>229)</sup> 또한 전심재판

---

227) 현재까지 ICC에 계류 중인 사태와 사건 중 제18조의 재판적격성에 대한 예비결정에 대해 직접적인 관련 절차가 진행된 적이 없는 것으로 보인다. 따라서, 이하 논의에서 나머지 3가지 단계와 관련된 내용을 중심으로 살펴보기로 한다.

228) ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun*("Ahmad Harun") and *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*("Ali Kushayb"), "Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute", ICC-02/05-01/07, 2007. 4. 27., para. 18; ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", ICC-01/09, 2010. 3. 31., para. 45.

229) ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya", ICC-01/09,



부에 따르면, 위의 기초자들은 ‘사건’이라는 용어를 유지시키는 대신 ICC가 상이한 절차적 단계에 따라 ‘사건’의 의미를 조화롭게 해석할 여지를 남겨두었다고 한다.<sup>230)</sup> 따라서 전심재판부는 수사 개시 여부 결정 단계에서의 재판적격성의 평가 대상을 ‘사건’이라고 하더라도 이는 잘못 사용된 것이 아니며, 적용되는 상황에 따라서 ‘사건’이라는 용어를 해석할 필요가 있다는 입장을 취하고 있다.<sup>231)</sup> 그러므로 전심 재판부는 수사 개시 이전에는 피의자 특징을 포함한 구체적인 사건 단계로 나아갈 가능성이 없기 때문에 이 단계에서의 재판적격성 평가는 사실상 어느 하나의 사태 내에 있는 하나 이상의 ‘잠재적 사건들’에 대한 재판적격성을 의미한다고 판시하였다.<sup>232)</sup>

또한 전심재판부는 사태 단계에서의 재판적격성 평가가 ‘잠재적 사건’을 규정하는 일정한 기준들(certain criteria defining a ‘potential case’)을 기초로 이루어져야 한다고 판시하였다.

“따라서, 사태단계에서 재판적격성 평가는 다음과 같이 “잠재적인 사건”을 규정하는 일정한 기준들을 대상으로 이루어져야 한다. (i)

---

2010. 3. 31., para. 47. 한편, 관련 로마규정 준비문서의 내용에 대해서는 Decisions taken by the Preparatory Committee at its Session held in New York 4 to 15 August, 1997 (UN Doc. A./AC.249/1997/L.8/Rev.1), p. 10; Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1998 (UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1), p. 48 참조.

230) ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 2010. 3. 31., para. 47.

231) *Ibid.*, para. 48.

232) *Ibid.* 다만 이 단계에서의 재판적격성 평가가 ‘추상적으로 이루어져서는 안 되며, 소추관은 잠재적인 사건(들)의 범죄자나 범죄사건에 관한 증거를 제시해야 한다. *Ibid.*, para. 49.

장래에 사건화 될 경우 수사의 대상이 될 가능성이 있는 관련자 집단에 대한 평가, (ii) 장래에 사건화 될 경우 수사의 대상이 될 가능성이 있는 ICC 관할범죄 혐의에 대한 평가. 장래에 사건화 될 가능성이 있는 범죄사건과 관련자 집단에 대한 소추관의 선별은 그 성격상 예비적인 것이며 향후의 재판적격성 평가에 영향을 미치지 않는다.”<sup>233)</sup>

종합하면, 전심재판부는 수사 개시 여부 결정 단계에서 ‘잠재적인 사건’의 개념이라는 맥락 내에서 보충성 문제를 다루고 있다. 즉 ‘재판적격성의 평가는 관련국가 또는 국가들이 향후 ICC의 수사대상이 될 가능성이 있는 범죄사건들의 관련자 집단과 범죄혐의들’에 대해서 국내적인 절차를 진행하고 있는지 또는 진행하였는지 여부에 대한 검토를 필요로 한다. 그 결과 국내적인 절차가 진행되고 있지 않거나 진행되지 않았다면, 일사부재리원칙이 적용되지 않으면서 사건의 중대성이 있는 경우 ‘재판적격성이 있게 될 것’이라는 입장을 취하고 있다.<sup>234)</sup>

일례로 케냐 사태<sup>235)</sup>와 코트디부아르 사태<sup>236)</sup>에서의 전심재판부 역

---

233) *Ibid.*, para. 50.

234) *Ibid.*, para. 52.

235) 케냐 사태는 소추관이 독자적으로 수사를 개시할 권한을 행사한 첫 번째 사례이다. 케냐 사태와 관련하여, 2009. 11. 26. 소추관은 전심재판부에 2007년 선거이후의 폭력사태에 대한 수사허가를 제15조 제3항에 따라 공식적으로 요청하였다. ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15,” ICC-01/09-3, 2009. 11. 26. 소추관의 의견에 따르면, 케냐 정부는 선거이후의 폭력사태를 처리하기 위해 특별재판소를 설치하기 위한 절차를 진행하기를 원했지만 케냐 의회는 관련 법률안을 통과시키지 않았다는 점, 케냐 정부가 인도에 반한 범죄 혐의에 대해 어떠한 국내적 기소도 행하지 않았으며 그러한 가능성도 없었다는 점, 그리고 가장 책임 있는 자들에 대한 국내절차가 진행되지도 않았다는 점을 근거로 잠재적 사건들에 대한 재판적격성이 있게 될 것이라는 의견을 제시하였다. ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya,” ICC-01/09, 2010. 3. 31., para. 183. 또한 소추관은 폭력사태에

책임 있는 고위급 지도자들에 대해 케냐와 제3국이 어떠한 국내적 절차도 취하지 않고 있으며, 가장 중대한 범죄사건의 일부에 관한 국내적 절차도 진행되지 않고 있다는 의견을 제시하였다. 따라서, 향후 잠재적 사건의 수사 대상이 될 가능성이 있는 범죄사건과 개인들에 대한 어떠한 국내적 조치도 존재하지 않는다고 주장하였다. ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, Prosecutor's Response to Decision Requesting Clarification and Additional Information," ICC-01/09-16, 2010. 3. 3., paras. 33-34. 이에 대해 재판부는 소추관의 결론에 반대하지 않는다는 견해를 밝히면서, 케냐에서 선거이후 폭력사태에 대한 일련의 국내적 수사와 기소가 있었지만 소수의 범죄에 대해서 이루어진 점과 폭력사태에 대해 가장 책임 있는 자들에 대한 국내적 수사와 기소가 이루어지지 않은 점, 그리고 특별재판소 설치가 좌절된 점에 주목하였다. ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya," ICC-01/09, 2010. 3. 31., para. 185. 결국, 전심재판부는 케냐의 ODM(The Orange Democratic Movement)과 PNU(Party of National Unity)와 연관된 고위급 정치지도자와 인도에 반한 범죄 혐의에 대한 국내적 수사가 없다는 점을 근거로, '사건이 제17조에 따라 재판적격성이 있게 될 것'이라고 결론을 내렸다. *Ibid.*, para. 187.

- 236) 코트디부아르 사태의 담당 전심재판부는 재판적격성 결정기준 중 로마규정 제17조 제1항 a호 및 b호의 '보충성'에 대한 평가를 '코트디부아르 또는 관할권을 가지는 다른 국가 또는 국가들이 향후 ICC의 수사대상이 될 가능성이 있는 범죄사건들의 관련자 집단과 범죄혐의들에 대해서 국내적인 절차를 진행하고 있는지 또는 진행하였는지 여부'를 중심으로 검토하였다. ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, "Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire"", ICC-02/11, 2011. 11. 15., para. 194. 한편, 코트디부아르 사태와 관련하여, 2011. 6. 23. 소추관은 전심재판부 III에 2010년 11월 28일부터 지속된 코트디부아르 대통령 선거이후의 폭력사태에 대한 수사허가를 제15조 제3항에 따라 요청하였다. 이에 대해 전심재판부는 소추관의 관련 주장내용을 수사개시허가의 근거로 제시하고 있다. 즉 소추관은 (i) 대통령선거 이후의 폭력사태에서 발생한 범죄에 대해 가장 책임 있는 자들에 대해 코트디부아르에서의 국내적 수사나 기소가 진행되고 있지 않은 점, (ii) 코트디부아르 담당 검사가 수행하고 있는 절차는 경제범죄, 국가안보 관련 범죄, 제노사이드와 민간인 주민에 대한 범죄, 살인, 살해 등 소위 '유혈범죄'인데, 경제범죄는 ICC 관할범죄가 아니고, 국가안보 관련 범죄로 기소되고 체포된 자들은 소추관의 요청서에 열거되어 있는 자들이 아니며, 유혈범죄에 대한 수사는 ICC 관할범죄에 해당하는 가장 중대한 범죄에 대해 가장 책임 있는 자들로 보이는 자들까지 미치지 않는 점, (iii) 코트디부아르 군검찰이 행한 수사 및 절차와 관련된 개인들은 ICC 관할범죄에 대해 가장 책임 있는 자들

시 모두 관련 ‘국내절차의 부재’를 이유로 ‘사건의 재판적격성이 있게 될 것’이라고 담당 전심재판부는 판단하였는데, 이러한 결론은 어렵지 않게 예상할 수 있다고 보아야 한다.<sup>237)</sup> 관할권을 가지는 국가의 입장에서 볼 때, 소추관이 독자적으로 수사하는 초기 단계에서 ICC가 다루게 될 ‘잠재적 사건들’을 어떻게 파악할 수 있을 것인가 하는 의문이 들 수밖에 없기 때문이다. 만약 실제로 관할권을 가지는 국가가 사전에 ICC에서 다룰 ‘잠재적인 사건들’을 파악할 수 있고, 그에 따라 국내적 수사도 최소한 이러한 사건들을 포함하게 되는 절차가 있다면 몰라도 말이다.

그런 점에서, 위에서 살펴본 로마규정 제18조의 재판적격성에 대한 예비결정은 상당히 의미 있는 역할을 할 수 있다. 소추관이 제15조에 따라 재판적격성 검토를 거친 후 수사를 개시하더라도, 이러한 사항을 관련 국가들에게 통지하여 그러한 국가들이 ICC에서 다루고 있는

---

의 범주에 해당하지 않으며, pro-Ouattara 軍에 의해 자행된 범죄혐의에 대해 군검찰이 당시 수사하고 있지 않았다는 점, (iv) 코트디부아르 서부지역에서 선거이후 폭력사태 과정에서 자행된 범죄혐의를 수사하고 있던 Daloa 지역의 검찰에 따르면, 법무부의 전반적인 기소전략에 대한 추후의 지시를 받기 전까지 관련자를 기소하거나 체포영장을 청구할 의사가 없으며, 가장 중대한 범죄에 대해 가장 책임 있는 자들이 ICC에서 기소될 것이라고 한 점, (v) 프랑스 사법당국이 진행한 수사는 두 개의 별개의 사건들이었고, ICC 관할범죄와 관련이 없었다는 점을 근거로 제시하였다. 결국 전심재판부는 선거이후 폭력사태에서 발생한 범죄에 대해 가장 책임 있는 것으로 보이는 개인들에 대한 국내절차의 부재를 인정하였고, 코트디부아르 사태 내의 ‘잠재적 사건들’이 ‘재판적격성이 있게 될 것’이라고 판단하였다. *Ibid.*, paras. 195-200, 206.

237) 수사 개시 이전 단계에서 국가가 사태(situation) 내의 범죄사건들과 인물에 대해 더 많은 재량을 행사하기 위해서는 로마규정을 개정하여 ‘사태’에 대한 보충성 평가를 도입할 필요가 있다는 주장에 대해서는 Sarah M. H. Nouwen, *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan* (Cambridge University Press, 2013), p. 74 참조.

‘잠재적인 사건들’이 무엇인지 파악하고 적절히 대응할 수 있는 기회를 부여하고 있기 때문이다.

### 3-2-2. ‘동일인물, 동일행위’ 기준

수사 개시 여부 결정 단계와 달리, 체포영장이나 소환장 발부 단계와 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계에서는 구체적인 ‘사건’에 대한 재판적격성 평가가 이루어진다. 이와 관련하여, *Thomas Lubanga Dyilo*에 대한 체포영장 발부 여부를 결정할 때 전심재판부는 ‘사건’의 의미에 추가적인 지침을 제시하였다. 환언하면, 전심재판부는 사건의 재판적격성이 없다고 하기 위해서는 ICC가 다루고 있는 사건의 대상인 ‘인물과 행위’ 양자 모두가 국가의 국내절차에 포함되어야 한다고 판시하였다.<sup>238)</sup> 즉 전심재판부는 ‘동일인물, 동일행위’(the same person, the same conduct) 기준을 제시하였다. 이후 이 기준은 전심재판부의 확립된 판례로 자리잡았다.<sup>239)</sup>

그런데 *William Samoei Ruto et al.* 사건 및 *Francis Kirimi Muthaura et al.* 사건에 대한 상소 제기 시 케냐정부는 국내절차가 ICC에 의해 수사 중인 자와 동일한 ‘지위’의 자들에 대하여 동일행위를 대상으로 진행하고 있는지 여부를 재판적격성 판단기준으로 삼아

---

238) ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58”, ICC-01/04-1/06, 2006. 2. 10., para. 31.

239) 관련 판례는 ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, ICC-01/11-01/11, 2013. 5. 31.[이하 *Gaddafi* Admissibility Decision], p. 31, note 125 참조.

야 한다고 항변하였다.<sup>240)</sup> 즉 케냐정부는 ‘동일인물’ 기준의 적절성에 대해 이의를 제기하였다. 이에 대해, 상소심재판부는 다음과 같은 이유로 케냐 정부의 항변을 받아들이지 않았다.

“절차의 진전이 있었고 구체적인 피의자들이 특정되었다. 이러한 절차적 단계에서 소환장이 발부된 경우, 동일한 *지위*의 피의자들이 케냐에 의해 수사되고 있는지 여부는 더 이상 문제되지 않는다. 그러나 동일한 피의자들이 실질적으로 동일한 행위에 대해 양쪽의 관할권들에 의해 수사의 대상이 되고 있는지 여부가 문제된다”<sup>241)</sup>(이탈릭체 강조).

그러면서 상소심재판부는 보충성 문제를 평가하기 위한 주요 수단으로 “국가의 수사는 ICC에서의 절차에서 혐의를 받고 있는 것과 ‘동일한 개인’ 및 ‘실질적으로 동일한 행위’, 즉 ‘동일인물, 실질적으로 동일한 행위’(the same person, substantially the same conduct)여야 한다”라는 기준을 제시하였다.<sup>242)</sup> 상소심재판부는 제17조의 의미와 특정

---

240) ICC-AC, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, ICC-01/09-01/11 OA, 2011. 8. 30.[이하 *Ruto et al.* Admissibility Judgment], para. 27; ICC-AC, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, ICC-01/09-02/11 OA, 2011. 8. 30.[이하 *Muthaura et al.* Admissibility Judgment], para. 26.

241) *Ruto et al.* Admissibility Judgment, para. 42; *Muthaura et al.* Admissibility Judgment, para. 41.

사건이라는 맥락(즉 체포영장이나 소환장이 ICC에 의해 발부된 시점이나 그 이후, 또는 소추관에 의해 공소가 제기되고 전심재판부가 이를 확인한 이후의 사건)을 고려할 때, 더욱 구체적이고 엄격한 위기의 기준은 타당성이 있다고 하였다.<sup>243)</sup> 그러나 이 사건의 상소심재판부는 ‘실질적으로 동일한 행위’가 무엇을 의미하는지에 대해서는 정의하지 않았다.

이후 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 전심재판부와 상소심재판부가 ‘실질적으로 동일한 행위’ 기준에 대해 보다 자세히 설명하고 있다. 이 사건의 전심재판부는 현 사건의 정황과 보충성원칙의 목적을 고려할 때, 리비아의 수사가 Gaddafi에 대한 ICC의 체포영장 발부 결정에서 언급된 살해 및 박해 행위를 대상으로 할 것을 기대하는 것은 적절치 않다고 하였다. 대신, 전심재판부는 리비아가 제출한 증거를 근거로 리비아의 국내적 수사가 ICC의 체포영장 발부 결정의 기초를 이루는 것과 동일한 행위를 다루고 있는지 여부를 평가할 것이라고 하였다.<sup>244)</sup> 또한 전심재판부는 ‘ICC에서의 절차에서 혐의를 받고 있는 것과 실질적으로 동일한 행위’가 무엇인지의 판단은 구체적인 사실관계와 사건의 정황에 따라 다르며, 따라서 사안별(case - by - case) 분석이 필요하다고 하였다.<sup>245)</sup> 즉 ‘행위중심적 접근방식’(conduct-based approach)을 취하고 있다.<sup>246)</sup>

---

242) *Muthaura et al.* Admissibility Judgment, para. 39.

243) *Ibid.*, para. 36.

244) *Gaddafi* Admissibility Decision, para. 83.

245) *Ibid.*, para. 77.

246) Marta Bo, “The Situation in Libya and the ICC’s Understanding of Complementarity in the Context of UNSC-Referred Cases”, 25 *Criminal Law Forum* 505 (2014), p. 526.

그러나 이 사건의 상소심재판부는 ‘실질적으로 동일한 행위’인지 여부는 개별사건의 사실관계에 비추어 ‘소추관과 국가가 각기 수사하고 있는 범죄사건들(incidents) 상호간의 중첩 정도’에 따라 판단할 필요가 있다고 보았다.<sup>247)</sup> 그러한 범죄사건들에 기재된 행위(conduct)가 피의자에 대한 사건(case)의 불가분의 일부이기 때문에 범죄사건들의 중첩성을 검토할 필요가 있다는 것이다.<sup>248)</sup> 상소심재판부는 계속해서 다음과 같이 설명하고 있다.

“수사 중인 범죄사건들이 상당부분 중첩된다면, 당해 국가가 실질적으로 동일한 행위를 수사하고 있음이 분명할 것이다. 그러한 중첩이 더 작다면, 정확한 사실관계에 따라 그 국가가 여전히 실질적으로 동일한 행위를 수사하고 있을 수도 있고, 아니면 소추관이 수사하고 있는 사건의 극히 일부만 수사하고 있을 수 있다. 예를 들어, 그 국가가 수사하고 있는 범죄사건들이 실제 소추관이 수사 중인 사건의 핵심을 형성할 수 있고, 또는 사건(case)의 가장 중대한 측면에 해당할 수 있다. 그렇지 않다면, 전체 사건과 비교했을 때 그러한 범죄사건들은 매우 사소한 부분일 수 있다.”<sup>249)</sup>

상소심재판부의 위와 같은 입장은 소위 ‘범죄사건중심적 접근방식’(incident-based approach)을 채택하고 있다는 점에서 전심재판부가 취하고 있는 ‘행위중심적 접근방식’과 차이가 있다.<sup>250)</sup>

전심재판부의 ‘행위중심적 접근방식’에 따르면, ‘동일행위’ 기준을 충족시키기 위해서 국가의 수사 및 기소가 실질적으로 동일한 행위를

---

247) *Gaddafi Admissibility Judgment*, para. 72.

248) *Ibid.*, para. 70.

249) *Ibid.*, para. 72.

250) Marta Bo, *supra* note 246, p. 526.



포함하면 족하며, ICC에서 다루고 있는 것과 정확히 ‘동일한 범죄사건들’(the same incidents)을 포함시킬 필요는 없다.<sup>251)</sup> ‘동일행위’ 기준에 대한 이러한 해석에 따르면, 제17조의 ‘사건’은 일반적으로 ‘행위’와 관련되어야 한다. 따라서, 국가의 수사가 ‘동일한 범죄행위’(the same offence)를 포함하지만, 반드시 ICC에서 다루고 있는 것과 ‘동일한 범죄사건들’과 관련될 필요는 없다. 여기서 ‘동일한 범죄사건’인지 여부는 ‘시간, 장소, 범죄자와 피해자의 동일성을 근거로 판단된다.’<sup>252)</sup> 예컨대, 하나의 범죄사건이 ‘2019년 3월 23일 A 주택에서 발생한 절도사건’이라고 한다면, 다른 일시·장소에서 발생한 절도사건, 즉 ‘2019년 3월 30일 B 주택에서 발생한 절도사건’과 동일성이 인정되지 않는다.<sup>253)</sup>

이에 비해, 상소심재판부의 접근방식은 ‘범죄사건’이 ‘행위’를 정의하는 중심요소이고 국가수사와 ICC의 수사 사이에 신뢰할 수 있고 현실적인 비교가 가능한 유일한 근거라는 점에서 ‘동일 사건’ 기준에 대한 명확성을 제고했다고 볼 수 있다.<sup>254)</sup> 또한 상소심재판부가 제시하고 있는 ‘실질적으로’(substantially) 동일한 행위 기준은 ICC가 다루고 있는 관할범죄의 성격에 비추어 볼 때 적절한 타협점을 제시하고 있는 것으로 보인다. 즉 ICC가 다루고 있는 사태들은 여러 권력계

---

251) *Ibid.*, p. 524.

252) *Ibid.*

253) Rod Rastan, *supra* note 73, p. 440

254) Marta Bo, *supra* note 246, p. 526. 또한, Rod Rastan에 따르면, 로마규정 제17조의 ‘사건’(case)은 ‘동일인물’을 전제로 ‘범죄사건 중심의 행위’(incident-specific conduct)를 의미한다고 밝히고 있다. 그 근거로 로마규정 제17조 제1항 c호 및 제20조 제3항의 해석, 제90조 제1항~제6항 등에서 찾고 있다. 이에 대한 자세한 내용은 Rod Rastan, *supra* note 73, pp. 437-445 참조.

층의 수많은 범죄자들에 의해 자행된 살인, 강간, 고문, 수백만 명에 이르는 강제이주 등 수백 개의 범죄사건들을 포함할 수 있다. 따라서 이러한 범죄에 대해 가장 책임 있는 자들과 그들의 행위를 객관적 기준에 의해 선별할 수 있겠지만, 이러한 잔학범죄의 수나 규모 등의 광범위한 성격을 고려할 때, ICC와 국내적 수준에서 다루고 있는 사건들이 범죄사건별로 ‘완전히’ 일치할 것을 기대하기는 곤란하기 때문이다.<sup>255)</sup>

---

255) *Ibid.*, p. 442.

## 제2절 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙의 적용

### 1. 보충성원칙상 국가의 관할권 행사 : 수사 또는 기소

ICC가 사건의 재판적격성이 없다고 결정하기 위해서는 사건에 대해 관할권을 가지는 국가에 의해 (i) 사건이 수사되고 있거나 또는 기소된 경우, 아니면 (ii) 사건이 수사되었고, 기소하지 아니하기로 결정, 즉 불기소처분이 내려져야 한다.<sup>256)</sup>

위의 (i)에서 ‘사건이 수사되고 있다’는 것은 적어도 수사본부의 설치, 범죄현장의 확인, 증거의 수집과 같은 초기의 수사적 조치들이 취해지는 것을 의미한다.<sup>257)</sup>

반면, 위의 (ii)에서 ‘사건이 수사되었다’는 것은 국가가 사건 수사를 완료한 경우를 말한다. 왜냐하면, 위의 (i)에서 ‘수사되고 있다’고 규정하고 있는 것과 달리, 위의 (ii)에서 ‘수사되었다’고 한 점에서 미루어 볼 때 수사가 ‘완료’되었다고 보는 것이 타당하기 때문이다.<sup>258)</sup> 그러나 어떠한 이유에서든 추가적인 수사가 재개된다면, 해당 사건은 다시 ‘수사되고 있다’고 할 것이므로 이때에는 위의 (i)의 상황에 해당할

---

256) 로마규정 제17조 제1항 a호 및 b호.

257) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 103-104.

258) *Ibid.* 그러나 여기서의 ‘수사되었다’는 구절이 반드시 모든 수사의 종결(termination)을 의미하지 않는다는 견해도 있다. ‘수사되었다’(has been investigated)는 것은 ‘수사가 중단되었다’(the investigation has ceased)라는 의미를 가리킬 수도 있고, 수사의 종결은 국가가 기소하지 아니하기로 한 결정으로부터 발생할 수 있다고 한다. Ben Batros, “The evolution of the ICC jurisprudence on admissibility”, in Carsten Stahn & Mohamed M. El Zeidy(eds.), *The International Criminal Court and Complementarity – From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011), pp. 574-575.

수 있다.

한편 ‘불기소처분’은 국가가 절차법적인 이유이든 실체법적인 이유이든 기소하지 아니하기로 결정한 경우를 말한다.<sup>259)</sup> 그리고 ‘국가’는 사건을 수사할 수 있고 기소하지 아니하기로 결정할 권한이 있는 ‘모든 국가기관들’을 포함한다. 또한 수사와 불기소 결정의 주체인 국가는 ‘동일한 실체’로 보아야 한다.<sup>260)</sup> 왜냐하면, 로마규정 제17조 제1항 b호에서 ‘a State’와 ‘the State’라는 용어가 차례대로 사용되고 있기 때문이다.<sup>261)</sup>

그밖에 수사 종료 후 ‘기소하지 아니하기로 한 결정’이 ‘최종적’(final) 내지 ‘확정적’(affirmative)이어야 하는지의 문제가 제기된다. 일단 기소하지 아니하기로 한 결정은 최종적 내지 확정적이라고 보는 것이 타당하다.<sup>262)</sup> 만약 이러한 결정이 최종적이지 않아도 된다고 한다면, 그리고 ICC가 최종적이지 않은 결정에 대해서 재판적격성을 판단하여 스스로 사건의 재판적격성이 있다고 결정한다면, 국내적 수준에

---

259) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 618.

260) 예컨대, A국이 사건을 수사한 후 범죄피의자를 B국으로 범죄인인도했다고 하자. 그런데 그 이후 B국은 인도된 범죄피의자를 기소하지 않기로 결정했다면, 제17조 제1항 b호는 어떻게 적용되어야 하는가? 제17조 제1항 b호의 기준은 두 번 적용되어야 한다. 범죄인인도 피청구국인 A국은 사건을 수사한 후 자국에서 기소하지 않고 청구국인 B국에 범죄인인도하기로 결정하였기 때문에 제17조 제1항 b호의 상황과 일치한다. B국 역시 범죄인인도 청구를 위해 그 이전부터 일련의 수사를 진행해 왔음이 분명하고, 범죄피의자를 인도받은 이후 추가적인 수사를 했지만 기소하는 데 충분한 증거를 확보하지 못하여 기소하지 않기로 결정했다면, 제17조 제1항 b호의 상황과 맥락을 같이 한다. Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 117.

261) 로마규정 제17조 제1항 b호 : “The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, [...]”(밑줄 추가).

262) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 117; Ben Batros, *supra* note 258, p. 575.

서 최종적이지 않은 불기소처분에 대한 이의제기나 사법심사를 통해 그 결정의 결함을 시정할 중요한 기회를 놓칠 가능성을 배제할 수 없기 때문이다.<sup>263)</sup> 그러나 국내적 구제 완료의 원칙의 법리와 유사하게, 그리고 불기소 결정은 최종적이어야 한다는 규칙에 대한 하나의 예외로서, 불기소처분에 대한 모든 국내적 구제조치를 이용할 수 없거나 또는 명백히 실효적이지 않다면 그러한 구제조치가 완료될 때까지 ICC가 재판적격성 판단을 보류해서는 안 될 것이다.<sup>264)</sup>

마지막으로 또 하나의 문제가 제기될 수 있다. 어느 국가가 ICC 관할범죄 피의자를 국내적으로 기소하지 않고 ICC로 이송하기로 결정하였다면, 이러한 결정이 ‘기소하지 아니하기로 한 결정’에 해당되는지 여부가 그러하다. 이에 대해, *Germain Katanga* 사건의 상소심재판부는 ‘기소하지 아니하기로 한 결정’은 ICC로 인계하였기 때문에 피의자에 대한 사법절차를 종결하기로 한 국가의 결정을 포함하지 아니한다는 입장을 분명히 하였다.<sup>265)</sup> 이러한 입장은 *Jean-Pierre Bemba Gombo* 사건에서도 유지되었다. 이 사건의 1심재판부는 국가에 의한 수사가 있었다고 할지라도 사건을 ICC에 회부함으로써 그러한 수사가 종결(closure)되었다면 이는 피의자를 ‘기소하지 아니하기로 한 결정’에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>266)</sup> 이는 *Germain Katanga* 사건의 상소심재판부의 입장과 맥락을 같이 한다. 종합하면,

---

263) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 117.

264) *Ibid.*

265) *Katanga* Admissibility Judgment, paras. 82–83.

266) ICC–TC III, Situation in the Central African Republic, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges”, ICC–01/05–01/08, 2010. 6. 24., paras. 240–242.

국가가 범죄피의자를 국내에서 기소하지 않는 대신 ICC로 이송하거나 사건을 ICC에 회부하여 처벌받도록 할 의도를 가졌다면, 이를 ‘기소하지 아니하기로 한 결정’으로 볼 수 없다는 것이다. 法廷(forum)만을 뿐 범죄피의자가 기소되어야 한다는 국가의 입장에는 변함이 없기 때문이다.

## 2. ‘2단계 평가’에 의한 재판적격성 심사

### 2-1. ‘2단계 평가’의 의미

사건의 재판적격성 존부 여부에 대한 심사는 *Germain Katanga* 사건의 상소심재판부가 도출한 소위 ‘2단계 평가’에 의해 이루어진다. ‘2단계 평가’란 ICC가 사건에 대해 관할권을 가지는 국가에 의해 수사가 진행 중이거나 기소되었는지 여부, 또는 국가에 의해 사건이 수사되었고, 해당자를 기소하지 아니하기로 결정하였는지 여부를 먼저 판단하고(1단계 평가기준), 이것이 긍정적인데 ICC가 비로소 의사부재나 능력부재에 해당하는지 여부를 검토해야 한다(2단계 평가기준)는 것을 말한다.

‘2단계 평가’에 의하면 국가가 수사나 기소를 하지 않은 소위 ‘부작위’ 상황에 있는 경우에는 위의 1단계 평가기준을 충족시키지 못하므로 일단 ICC에게 재판적격성이 있는 것처럼 보인다. 따라서 이 경우 일사부재리원칙이 적용되지 않고(제17조 제1항 c호) ‘사건의 중대성’(제17조 제1항 d호)이 있을 것을 조건으로 동 사건에 대한 재판적격성은 최종적으로 인정되게 될 것이다. 즉 국가의 부작위 상황에 있는

경우 의사부재나 능력부재의 문제는 발생하지 않는다.<sup>267)</sup> 이와 관련 하여, *Germain Katanga* 사건에서 상소인측은 의사부재와 능력부재가 국가의 부작위 상황에서도 고려되어야 한다고 주장하였다. 그러나 담당 상소심재판부는 다음과 같은 이유를 들어 상소인측의 주장을 받아들이지 않았다.

“그러한 해석은 로마규정상 관련 조문의 용어와 조화되지 않을 뿐 아니라 로마규정의 목적론적 해석과도 모순된다. 로마규정의 목적은 “불처벌을 종식시키는 것”이며 “국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄가 불처벌 상태로 남겨지지 않도록” 하는 데에 있다. 상소인이 제기한 바와 같이 로마규정 제17조 제1항을 해석하는 경우 로마규정의 이러한 취지와 목적은 달성되지 못할 것이다. 국가의 부작위에도 불구하고 그러한 국가가 수사를 개시할 의사나 능력이 없지 않다면 ICC에 사건의 재판적격성이 없게 되는 상황을 초래할 것이다. 그러한 국가가 사건을 수사하고 기소할 어떠한 의도도 가지고 있지 않음에도 불구하고 이론적으로 그렇게 할 의사와 능력이 있다고 한다면 ICC가 사건에 대해 관할권을 행사할 수 없게 될 것이다. 이로 인해, 잠재적으로 상당수의 사건들이 관할권을 가지는 국가나 ICC에 의해서 기소되지 않게 될 것이다. 불처벌은 아무 제한 없이 지속될 것이며 수천 명의 피해자들은 정의를 부인당하게 될 것이다.”<sup>268)</sup>

---

267) *Katanga* Admissibility Judgment, para. 78. 한편, 이와 같은 입장으로는 Markus Benzing, *supra* note 32, p. 601; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 55; ICC-OTP, *supra* note 71, para. 59; F. Razesberger, *supra* note 12, pp. 29–30, note 29; Claire Brighton, *supra* note 5, p. 636; Mohamed M. El Zeidy, *supra* note 15, p. 104; Adrian Traylor, *supra* note 17, p. 28; M. Christopher Pitts, *supra* note 49, p. 1320 참조.

268) *Katanga* Admissibility Judgment, para. 79.

## 2-2. '2단계 평가' 기준의 적용방식

재판적격성의 존부 여부를 결정하기 위한 '2단계 평가'에 의하면, 1단계 평가기준이 충족되어야만 비로소 2단계 평가기준이 검토될 수 있다. 즉 2단계 평가는 '누적적'으로 이루어져야 한다. 그런데 아래에서 살펴볼 *Germain Katanga* 사건<sup>269)</sup>에서 심급별 재판부들은 '2단계 평가'의 기준을 일관되지 않게 적용하고 있다. 이하에서는 위 사건에 대한 각 재판부의 견해를 분석한 후 위 기준의 정확한 적용방식을 제시한다.

### 2-2-1. ICC 재판부의 견해

#### 가. 전심재판부의 입장

*Germain Katanga* 사건에서의 쟁점 중 하나는 담당재판부가 피의자인 *Germain Katanga*에 대한 체포영장을 발부하기 전에 독자적으로 재판적격성 결정을 위한 재량권을 행사할 필요가 있는지 여부였다. 이에 대해, 전심재판부는 *Germain Katanga*가 인도에 반한 죄의 혐의

---

269) *Germain Katanga* 사건 : Katanga는 2003년 2월 24일 콩고민주공화국 내 Ituri 지역 Bogoro 마을에 대한 Ngiti 민병대의 공격에 대한 공범으로 1건의 인도에 반한 죄와 4건의 전쟁범죄를 범한 혐의로 2014년 3월 7일 유죄판결을 받았다. 그에 대한 체포영장은 2007년 6월 발부되었고, 같은 해 10월 헤이그 소재 구금센터로 이송되어 재판을 받았다. 이 사건은 2008년 3월 Mathieu Ngudgolo Chui에 대한 사건과 병합되었다가 2012년 11월 공소사실이 분리되었다. 1심재판부는 2017년 3월 피해자들에 대한 개별적 및 집단적 배상을 할 것을 Katanga에게 명령하였다. ICC, Case Information Sheet: Situation in DRC - *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07.



등으로 콩고민주공화국 당국이 발부한 체포영장에 의해 2005년 3월 10일경 체포되어 같은 달 19일 이후 구금되었다는 점에 주목하였다. 즉 전심재판부는 Germain Katanga에 대한 콩고민주공화국의 국내절차가 존재하므로 동 재판부가 체포영장 발부여부를 결정하기 전에 사건에 대한 재판적격성이 있는지 여부를 결정할 필요가 있다고 보았다.<sup>270)</sup> 그런데 전심재판부는 콩고민주공화국에서 국내적으로 진행하고 있는 사건이 ICC에서 다루고 있는 것과 ‘동일한 행위’(the same conduct)를 포함하고 있지 않다는 이유로 사건의 재판적격성이 있다고 결정하였다.<sup>271)</sup>

#### 나. 1심재판부의 입장

이후 Germain Katanga측에서 사건의 재판적격성에 대한 이의를 제기했지만, 1심재판부는 이를 기각했다. 1심재판부에 따르면, 국가가 해당자를 스스로 처벌할 의도를 가지고 있는지 아니면 전적으로 그러한 ‘의사가 없는’지 여부는 사건의 정확한 정황을 고려하여 사안별로 결정되어야 한다는 것이다.<sup>272)</sup> 그러한 정황의 예로 국가가 피의자를 ICC로 인계하는 것을 거부하였는지 여부, 국가가 사건의 재판적격성에 대한 이의제기를 했는지 여부, 그리고 해당 국가가 ICC와 어느 정도 협력했고 그 형태는 어떠한지 여부 등을 들고 있다.<sup>273)</sup>

---

270) ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain katanga”, ICC-01/04-01/07, 2007. 7. 6., paras. 18-20.

271) *Ibid.*, paras. 20-21.

272) *Katanga* Admissibility Decision, para. 91.

그러면서 1심재판부는 다음과 같은 다섯 가지 이유를 들어 콩고민주공화국이 2003년 2월 24일 Bogoro에서 자행된 행위에 대해 ICC로 하여금 Germain Katanga를 기소하여 재판하도록 할 의도를 가지고 있다는 결론을 내렸다.<sup>274)</sup>

첫째, 2009년 3월 14일자 의견서에 나타난 콩고민주공화국 당국의 명시적 성명에 따르면, 콩고민주공화국 군검찰은 2003년 2월 24일 Bogoro에 대한 공격과 관련하여 그에 대한 여하한 수사도 개시하지 않았다고 한다.

둘째, 2009년 6월 1일자 심리에서 콩고민주공화국 대표들은 ‘콩고민주공화국이 자기회부를 한 동기는 불처벌에 대처하겠다는 책무로부터 발생한 것’이라고 진술하였다.

셋째, 콩고민주공화국 대표들은 콩고민주공화국이 Germain Katanga를 재판하지 않을 것이라는 점을 명시적으로 표명하였다.

넷째, 콩고민주공화국 당국의 공식입장은 Germain Katanga가 ICC에서 효과적으로 기소될 수 있도록 그의 변호인측이 행한 이의제기가 ICC 재판부에 의해 기각되어야 한다는 것이었다. 또한 그렇게 하는 것이 5백만 명의 사망자와 3백만 명의 전쟁유민이 발생한 콩고민주공화국 문제를 온전히 처리하는 것이라고 콩고민주공화국 대표들은 주장하였다. 또한 이들 대표들에 의하면, 당시까지 콩고민주공화국 정부가 불처벌에 단호히 대처하기 위해 ICC와 타의 추종을 불허하는 협력 모델을 만들어 왔다고 한다.

다섯째, 콩고민주공화국은 Germain Katanga에 대한 체포영장을

---

273) *Ibid.*

274) *Ibid.*, paras. 92-94.

ICC로부터 전달받은 이후 사건의 재판적격성에 대해 이의를 제기하지 않았고, 체포영장의 봉인이 해제되자마자 그를 ICC로 이송하였다.

결국 1심재판부는 위와 같은 사실에 입각하여 콩고민주공화국이 현 사건을 기소할 ‘의사가 없다’고 보아 사건의 재판적격성을 인정하였다.<sup>275)</sup> 즉 1심재판부는 ‘의사부재’에 입각하여 사건의 재판적격성을 판단하였다.

#### 다. 상소심재판부의 입장

1심재판부의 결정에 대해 상소인 Germain Katanga측은 1심재판부가 ‘의사부재’의 개념을 정확하게 해석하지 않았으며, 특히 의사부재의 3가지 사유가 ‘열거적’이라고 주장했다. 이에 대해, 상소심재판부는 ‘의사부재’에 대한 해석의 정확성이나 의사부재의 사유가 ‘열거적’인지 여부와 상관없이 ‘2단계 평가’에 입각하여 다음과 같은 이유를 들어 대상사건의 재판적격성이 있다고 판단하였다.<sup>276)</sup>

첫째, 상소심재판부에서는 ICC가 관할권을 가지는 국가에 의해 사건 수사가 진행 중이거나 기소가 있는지 여부, 또는 그 국가에 의해 과거에 사건이 수사되었고, 이후 해당자를 기소하지 아니하기로 결정하였는지 여부를 판단하여야 한다고 하였다. 만약 ICC가 국가에 의한 수사나 기소, 또는 불기소처분이 있거나 있었다고 판단한다면, ICC는 비로소 의사부재나 능력부재에 해당하는지 여부를 추가로 검토하게 된다. 따라서 관할권을 가지는 국가가 국내적으로 어떠한 조치도 취하지 않은 소위 ‘부작위’ 상황일 때에는 의사부재나 능력부재의 문제

---

275) *Ibid.*, para. 95.

276) *Katanga* Admissibility Judgment, para. 73.

가 발생하지 않는다.<sup>277)</sup>

둘째, 상소심재판부는 다음과 같은 사실에 비추어 볼 때 현 상소사건에서 제17조 제1항 a호가 재판적격성을 부정하는 근거가 될 수 없다고 판시하였다.<sup>278)</sup> (i) 상소인 Germain Katanga는 2007년 10월 ICC로 인계되었고, 같은 달 17일 Kinshasa 고등군사법원은 그에 대한 재판절차를 종결하기로 결정하였다. (ii) 그리고 1심재판부에서 재판적격성에 대한 이의제기 절차가 계류 중인 시점에서, 콩고민주공화국이 상소인에 대한 어떠한 절차도 진행하지 않았다. (iii) ‘동일행위’ 기준이 적절하게 적용되었는지의 문제는 현 상소에서 결정적인 요소가 아니다.<sup>279)</sup>

셋째, 상소심재판부는 다음과 같은 사실에 비추어 볼 때 현 상소사건에서 로마규정 제17조 제1항 b호가 재판적격성을 부정하는 근거가 될 수 없다고 하였다.<sup>280)</sup> (i) 사건이 관할권을 가지는 국가에 의해 수사되었고, 이후 그 국가가 기소하지 아니하기로 결정하였다면 ICC는 사건의 재판적격성이 없다고 결정한다.<sup>281)</sup> 로마규정에 이러한 내용이 반영된 이유는 ICC가 특정 사건을 진정으로 기소하지 아니하기로 한

---

277) *Ibid.*, para. 78.

278) 로마규정 제17조 제1항

(a) The case is being investigated or prosecuted by a State which has jurisdiction over it, unless the State is unwilling or unable genuinely to carry out the investigation or prosecution;

279) *Katanga* Admissibility Judgment, paras. 80–81.

280) 로마규정 제17조 제1항

(b) The case has been investigated by a State which has jurisdiction over it and the State has decided not to prosecute the person concerned, unless the decision resulted from the unwillingness or inability of the State genuinely to prosecute;

281) 로마규정 제17조 제1항 모두(chapeau) 및 b호.

국가의 결정을 존중함으로써 국가주권을 보호하기 위해서다. (ii) 설령 콩고민주공화국이 ICC에서 다루는 것과 동일한 사건에 대해 과거의 어느 시점에서 수사하였다고 가정하더라도, 이후 콩고민주공화국이 상소인을 기소하지 아니하기로 결정한 사실이 존재하지 아니한다. (iii) 콩고민주공화국이 상소인을 ICC로 인계하였기 때문에 수사를 종결하기로 한 것이 ‘기소하지 아니하기로 한 결정’에 해당한다고 본다면, 그러한 인계로 인해 사건의 재판적격성이 부정되는 기이한 결과가 발생할 수 있다. 이럴 경우, 그 국가 뿐 아니라 ICC도 불처벌의 종식이라는 로마규정의 목적에 반하여 해당 범죄행위에 대해 관할권을 행사하지 못하게 될 수 있다. 따라서 ‘기소하지 아니하기로 한 결정’에는 ICC로 인계하였기 때문에 피의자에 대한 사법절차를 종결하기로 한 국가의 결정을 포함하지 아니한다.<sup>282)</sup> (iv) 상소심재판부는 로마규정 제17조를 위와 같이 해석하고 적용해야 보충성원칙과 부합하게 된다고 보았다. 즉 보충성원칙은 한편으로 관할권을 가지는 국가의 우선권을 보호하고, 다른 한편으로 ‘불처벌을 종식’시키기 위해 로마규정에 반영되었다. 따라서 국가가 수사나 기소를 하지 않거나 할 수 없다면, ICC가 개입할 수 있어야 한다. 더 나아가, 국가가 ICC를 지지함으로써 자신의 관할권 행사를 포기하기로 결정하였다면, 이것은 로마규정 전문 제6항의 ‘국가형사관할권을 행사할 의무’를 이행한 것으로 여겨질 수 있다.<sup>283)</sup>

그렇지만 상소심재판부에 따르면, 국가가 관할권 행사를 포기하였

---

282) *Katanga* Admissibility Judgment, paras. 82–83.

283) 상소심재판부에 따르면, 특정 사건에 대해 수사를 개시하지도 피의자를 기소하지도 않고자 했던 국가들이 단지 ICC가 사건의 재판적격성이 없다고 결정했다는 이유로 수사나 기소를 할 것이라고 생각한다면 이는 지나치게 추론적인 것이라고 한다. *Ibid.*, para. 86.

다고 하여 ICC가 반드시 사건의 재판적격성이 있다고 결정하는 것은 아니라고 한다.<sup>284)</sup>

## 2-2-2. 검토 및 해석론의 제시

위의 *Germain Katanga* 사건의 각 재판부는 동일한 사건을 두고 재판적격성 평가기준을 상이하게 적용하였다. 즉 전심재판부의 ‘동일 행위’ 기준, 1심재판부의 ‘의사부재’ 기준, 상소심재판부의 ‘2단계 평가’ 및 ‘부작위’ 기준이 그러하다. 위 사건은 ICC가 재판적격성 문제를 다룬지 얼마 되지 않았을 때 각 재판부에 의해 판단되었기에, 각 재판부가 상이한 평가기준을 적용한 것으로 볼 수도 있다. 그렇지만, ICC의 신뢰성과 일관성을 제고하기 위해 재판적격성의 다양한 평가 기준들이 어떠한 방식으로 적용되어야 하는지 이를 명확히 정리할 필요가 있다.

먼저, 로마규정 제17조의 재판적격성 평가는 해당 국가가 사건과 관련하여 국내적으로 어떠한 조치도 취하지 않은 ‘완전한 의미의 부작위’ 상황인지 여부를 검토하여야 한다. 국가의 ‘부작위’ 상황의 경우에는 ‘일사부재리원칙이 적용되지 않고, 사건의 중대성이 있는 것을 조건으로’ 사건의 재판적격성에 대한 추가 검토 없이 당연히 재판적격성이 인정되기 때문이다.

만일 국가의 부작위 상황이 존재하지 않는다면, 본격적으로 ‘2단계 평가’ 기준이 적용된다. 그 중 1단계 평가, 즉 관할권을 가지는 국가에 의해 사건에 대한 수사가 진행 중이거나 기소가 있는지 여부, 또

---

284) *Ibid.*, para. 85.

는 그러한 국가에 의해 과거에 수사되었고, 기소하지 아니하기로 결정하였는지 여부에 대한 평가는 ICC에 의해 이루어진다. 예컨대, *Germain Katanga* 사건의 상소심재판부는 ‘실증적 접근방식’에 따라 관할권을 가진 국가의 수사나 기소, 또는 불기소처분 여부에 대해 엄격하고 문언에 입각한 해석방식을 사용하였다.<sup>285)</sup> 상소심재판부는 재판적격성에 대한 이의제기 당시의 사실관계에 입각하여 콩고민주공화국의 사건 수사나 기소, 또는 불기소처분 여부를 검토하였다. 그 결과 상소심재판부는 콩고민주공화국의 국내적 수사가 진행되고 있지 않으며, 또한 콩고민주공화국이 *Germain Katanga*를 기소하지 않기로 결정한 것도 아니라고 보았다.

만약 관할권을 가지는 국가가 관련 사건을 수사나 기소, 또는 불기소처분하였음이 ICC에 의해 인정된다면, ICC는 추가로 국가가 다룬 사건이 ICC에서 다루고 있는 것과 동일한 것인지 여부를 검토하여야 한다. 즉 수사나 기소 등 국내적으로 어떠한 조치가 취해지고 있거나 취해졌더라도 대상 사건이 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족해야만 1단계 평가를 통과할 수 있게 된다.

관할권을 가지는 국가의 국내적 조치가 1단계 평가를 통과하게 된다면, 이어서 ‘2단계 평가기준’이 ICC에 의해서 검토된다. 즉 관할권을 가지는 국가의 국내적 조치가 ‘의사부재’나 ‘능력부재’에 해당하는지 여부에 대한 평가가 비로소 이루어지게 된다.

### 3. ‘동일인물, 동일행위’ 기준의 적용

---

285) Ben Batros, *supra* note 13, p. 352.

로마규정상 재판적격성에 대한 평가는 ICC와 관할권을 가지는 국가 간에 ‘동일한 사건’을 다룰 것을 전제로 하고 있다. 여기서 ‘동일한 사건’인지 여부에 대한 판단은 ‘동일인물, 동일행위’ 기준에 따라 이루어지게 된다. 만약 관할권을 가지는 국가가 위 기준을 충족시키지 못한다면, 그 국가는 실제 자신의 관할권을 행사하지 않은 것으로 간주된다. 그런데 일각에서는 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족시킨 사례가 거의 없음을 이유로 그 기준 설정의 적절성 여부를 문제 삼고 있다. 따라서 이하에서는 ‘동일인물, 동일행위’ 기준이 실제 ICC 관련 사건에서 어떻게 적용되었는지 분석한 후 위 기준에 대한 비판론을 살펴보고 그 적절성 여부를 검토한다.

### 3-1. ICC 사건 분석

재판적격성 문제에 대해 ICC가 다루었던 사건들 중 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족시킨 사례는 *Abdullah Al-Senussi* 사건이 대표적이다. *Thomas Lubanga Dyilo* 사건, *Ahmad Harun & Ali Kushayb* 사건, *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건, *Ms Simone Gbagbo* 사건 등 대부분의 사건들은 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족하지 못하였다.

#### 3-1-1. ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족시키지 못한 사례

가. *Thomas Lubanga Dyilo* 사건

##### (1) 사건 개요



2000년 9월 15일 창설된 콩고애국연합(The Union des Patriotes Congolais, UPC)의 의장인 Thomas Lubanga Dyilo는 산하 군부인 FPLC(Patriotic Force for the Liberation of Congo)와 함께 2002년 9월 콩고민주공화국 내 Ituri 지역을 장악하였다. ICC는 2006년 2월 그에 대한 체포영장을 발부했다. 그에 대한 혐의는 2003년 8월 13일까지 비국제적 무력충돌 과정에서 15세 미만의 아동을 징집하고 모집하여 이들을 적대행위에 적극적으로 참여하도록 이용한 것이었다(로마 규정 제8조 제2항 e-vii호). 이후 2006년 3월 콩고민주공화국 당국이 그를 ICC로 인계하였고, 그는 2012년 3월 유죄판결과 함께 14년형을 선고받은 후 2015년 12월 콩고민주공화국의 구금시설로 이송되었다. 또한 그는 2017년 피해자들에 대해 미화 1천만 달러를 집단배상하라는 ICC의 명령도 받은 바 있다.<sup>286)</sup>

## (2) 전심재판부의 입장

이 사건의 전심재판부는 소추관의 체포영장 신청에 대한 결정에서 사건에 대해 관할권을 가지는 국가들이 사건 절차와 관련하여 부작위 상태에 있는지 또는 의사부재나 능력부재 상태에 있는지 여부를 판단하였다.

전심재판부는 관할권을 가지는 국가가 사건을 수사하고, 기소하며, 또는 재판하고 있는 것만으로 사건의 재판적격성이 없다고 할 수 없고, 국가가 그러한 국내적 절차를 진정으로 수행할 의사나 능력이 있어야 비로소 사건의 재판적격성이 부정된다고 판시하였다.<sup>287)</sup>

---

286) ICC, Case Information Sheet: Situation in DRC – *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

전심재판부는 ‘콩고민주공화국대통령이 2004년 3월 3일 소추관에게 자기회부(self-referral) 서한을 보냈던 시기에 콩고민주공화국이 2002년 7월 1일 이후 콩고민주공화국 영역에서 발생한 ICC 관할범죄의 수사 및 기소를 실제 행할 능력이 없었다’고 보았다.<sup>288)</sup> 그러나 자기회부 서한 이후 특히 Ituri지역의 Bunia지방법원이 다시 개원되는 등 콩고민주공화국의 국가사법제도에 변화가 있었다. 이로 인해, 2005년 3월 Thomas Lubanga Dyilo에 대해 콩고민주공화국 당국이 자국의 군형법 제164조의 제노사이드 혐의와 제166조~제169조의 인도에 반한 죄, 그리고 살해, 불법구금과 고문 등의 혐의로 2건의 체포영장을 발부하였고, 같은 달 19일 이후 Thomas Lubanga Dyilo는 Kinshasa 소재 교정시설에 구금되었다.<sup>289)</sup> 따라서 전심재판부는 ‘콩고민주공화국의 국가사법제도가 로마규정 제17조 제3항의 능력부재 상황에 빠져있다는 소추관의 의견은 현실과 더 이상 일치하지 않는다’고 판단했다.<sup>290)</sup>

그렇지만 전심재판부는 콩고민주공화국 당국이 발부한 체포영장들에는 소추관이 체포영장신청서에서 밝힌 ‘행위’를 포함하지 않고 있음에 주목하였다. 즉 2002년 7월부터 2003년 12월 사이에 15세 미만의 아동들을 FPLC에 모병 및 징집하여 적대행위에 적극적으로 참여하도

---

287) ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58”, ICC-01/04-1/06, 2006. 2. 10., paras. 31-32.

288) *Ibid.*, para. 35. 전심재판부에서는 이러한 상황으로 인해 콩고민주공화국의 자기회부가 보충성 제도의 종국적인 목적, 즉 국가형사관할권을 보충하는 것과 부합한다고 하였다. *Ibid.*

289) *Ibid.*, para. 33.

290) *Ibid.*, para. 36.

록 유도한 혐의에 대한 내용이 전혀 언급되어 있지 않았다.<sup>291)</sup> 따라서, 콩고민주공화국이 ICC에서 다루고 있는 구체적인 사건과 관련하여 조치를 취하고 있는 것으로 볼 수 없다고 전심재판부는 판단했다.<sup>292)</sup> 또한 전심재판부는 현 사건에 대해 관할권을 가진 여타 다른 국가가 그를 수사, 기소 또는 재판하고 있거나 그렇게 했다는 점 역시 드러나지 않았다고 보았다.<sup>293)</sup> 결국, 전심재판부는 사건에 대해 관할권을 가지는 국가들의 ‘부작위’ 상황으로 보아 추가적으로 의사부재나 능력부재에 대해 분석할 필요가 없다고 보았다.<sup>294)</sup>

#### 나. *Ahmad Harun & Ali Kushayb* 사건

##### (1) 사건 개요

Ahmad Harun은 2003년부터 2005년까지 수단정부의 내무부장관이자 對반군작전(Counter-Insurgency Campaign)의 책임자였다. 그리고 Ali Kushayb는 Wadi Salih 지역의 원로부족장이자 2003년 8월부터 2004년 3월까지 Janjaweed 민병대를 지휘한 것으로 알려진 PDF(Popular Defence Forces)의 구성원이었다. ICC는 2007년 4월 이들에 대해 인도에 반한 죄와 전쟁범죄 혐의로 체포영장을 발부하였으나, 현재까지 이들에 대한 체포영장이 집행되지 않고 있다. 2010년 5월 전심재판부 I은 수단정부의 협력의무 불이행에 대해 안전보장이사

---

291) *Ibid.*, paras. 37–38.

292) *Ibid.*, para. 39.

293) *Ibid.*

294) *Ibid.*, para. 40.

회에 회부하기로 결정하였다.<sup>295)</sup>

## (2) 소추관과 전심재판부의 입장

*Ahmad Harun & Ali Kushayb* 사건 역시 ‘동일 행위’ 기준을 충족시키지 못한 사건이다. 이 사건에서 소추관측은 Ali Kushayb가 수단 다르푸르에서 발생한 일련의 범죄사건으로 수단 당국에 의해 수사를 받고 있는 것으로 보인다는 이유로 재판적격성 문제를 제기했다.

수단 사법조사위원회(Judicial Investigations Committee)에 따르면, Ali Kushayb가 2005년 4월 수단 당국이 발부한 체포영장에 따라 2006년 11월 28일 체포되었고, 그에 대한 사건 수사는 남다르푸르와 서다르푸르 지역에서 발생한 5건의 별개 사건들에 대한 것이었다고 한다.

이에 대해, 소추관측은 수단 당국이 수사 중인 인물이 Ali Kushayb가 맞지만 수사 대상 행위가 ICC의 그것과 ‘동일한 행위’를 포함하고 있지 않다는 의견을 표명했다. 즉 소추관측은 ICC에 회부된 수단 다르푸르 사태와 관련한 수사가 수단 당국에 의해 진행 중이거나 기소가 개시되었다는 어떠한 징표도 없다고 하였다.

이에 대해, 전심재판부는 관련 증거 및 정보를 근거로 ‘동일인물, 동일 행위’ 기준을 충족시키지 못한다고 보아 ‘사건의 재판적격성이 있는 것으로 보인다’고 판단했다. 다만 전심재판부는 사건의 재판적격성에 대한 이의제기나 추후의 결정에 영향을 미치지 않음을 분명히 했

---

295) ICC, Case Information Sheet: Situation in Darfur, Sudan – *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman("Ali Kushayb")*, ICC-02/05-01/07.

다.<sup>296)</sup>

## 다. *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건

### (1) 사건 개요

Saif Al-Islam Gaddafi는 과거 리비아의 실권자 Muammar Gaddafi의 아들이자 사실상 리비아의 총리로서 2011년 2월 15일부터 28일까지 리비아 전역에 걸쳐 자행된 인도에 반한 죄를 범한 혐의를 받고 있다. 2011년 6월 ICC는 그에 대한 체포영장을 발부했지만 현재까지 집행되지 않고 있다. 2012년 5월 리비아 정부에 의해, 그리고 2018년 6월 Saif Al-Islam Gaddafi측에 의해 사건의 재판적격성에 대한 이의 제기가 있었으나, ICC에 의해 모두 기각되었다.<sup>297)</sup>

### (2) 리비아 정부와 담당 재판부의 입장

*Saif Al-Islam Gaddafi* 사건에서 전심재판부는 리비아 당국의 국내적 조치가 ‘동일 행위’ 기준을 충족했는지 여부에 대해 명확한 확신을 갖지 못하였다. 그렇지만, 상소심재판부는 리비아 당국의 조치가 ‘동일 행위’ 기준을 충족시키지 못하였음을 분명히 하였다.

---

296) 이상 내용은 ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman("Ali Kushayb")*, "Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute", ICC-02/05-01/07, 2007. 4. 27., paras. 18-25 참조.

297) ICC, Case Information Sheet: Situation in Libya - *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11.

이 사건에서 리비아 정부는 로마규정에 반영된 보충성의 원칙에 따라 자국의 사법제도를 통해 ‘인도에 반한 죄에 해당하는 다수의 살인과 박해를 범한 혐의’를 받고 있는 Gaddafi를 적극적으로 수사하고 있다는 이유로 사건의 재판적격성이 없다고 주장하였다.<sup>298)</sup> 또한 재판적격성 심리에 대한 구두답변에서, 리비아 대표는 Gaddafi에 대한 수사는 ICC가 발부한 체포영장에 포함된 것과 정확히 동일한 범죄사건 및 행위(the same incidents and conduct)를 포함하고 있으며,<sup>299)</sup> 실제 ICC 소추관이 행한 수사보다 시간적·물적으로 훨씬 광범위한 중요 증거를 입수했다고 밝혔다.<sup>300)</sup> 또한 리비아 정부는 추가의견서에서 Gaddafi가 4주 이내에 리비아 중죄기소부(Chambre d’Accusation)에 이송되어 약 3개월간 재판 개시를 위한 일정한 절차를 받게 될 것이라는 점과 Gaddafi에 대한 심문 및 증인과의 대질조사를 행한 사실이 있었음을 밝혔다.<sup>301)</sup>

이에 대해, 전심재판부는 ‘2단계 평가’에 의해 사건의 재판적격성을 판단하였다.<sup>302)</sup>

---

298) ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute”, ICC-01/11-01/11-130-Red, 2012. 5. 1., para. 1.

299) ICC 체포영장에 적시된 Gaddafi의 혐의는 ‘Gaddafi가 자신의 통제 하에 있는 국가기관 및 보안군을 이용하여 2011년 2월에 시작된 Muammar Gaddafi 정권에 반대하는 민간인들의 시위를 치명적인 무력의 사용을 포함한 여하한 수단을 통해 이를 제지하고 진압했다는 점, 그리고 특히 2011년 2월 15일부터 같은 달 28일까지 Benghazi, Misrata, Tripoli를 포함한 리비아 전역에서 자신의 휘하에 있는 보안군을 통해 수백명의 정권 반대 민간인 시위자들을 살해하고 박해한 행위’이다. *Gaddafi Admissibility Decision*, para. 83.

300) *Ibid.*, para. 33.

301) *Ibid.*, paras. 36-38.

먼저, 전심재판부는 리비아 정부가 제출한 일련의 부속문서들, 추가 의견서들, 증인 진술 요약본, 그리고 통신도청 사본 등 관련 사실관계와 증거를 분석하였다.<sup>303)</sup> 그 결과, 전심재판부는 리비아 당국이 Gaddafi의 형사책임을 확인하기 위해 일련의 발전적인 조치들을 취했으며, ‘수사’가 국내적 수준에서 진행되고 있다고 보았다.<sup>304)</sup> 그렇지만 전심재판부는 ICC가 발부한 체포영장에 적시된 것과 ‘동일한 사건’에 대해 국내적으로 수사하고 있다는 점을 리비아가 충분히 증명하지 못하였다고 보았다. 전심재판부의 이와 같이 판단은 리비아 당국에 의해 제출된 증거가 ‘동일한 사건’을 수사하고 있음을 증명하는 데 필요한 정도의 충분한 구체성과 증거가치를 지니지 못하였다는 점을 고려한 결과였다.

전심재판부에 따르면, 리비아가 일련의 수사적 조치를 취했다는 점을 일부 증거자료에 의해 확인할 수 있지만, 그러한 증거자료에는 ICC가 적시한 행위와 離散的 측면들(discrete aspects), 즉 민병대와 군대의 동원이나 Gaddafi 정권에 반대하는 저널리스트나 활동가들의 체포 등이 포함되어 있다고 한다.<sup>305)</sup> 결론적으로 전심재판부는 ‘리비아가 재판적격성에 대한 이의제기를 보장하는 증거를 충분히 제출할 기회를 받았지만 현 단계에서 이러한 추가 증거들이 재판적격성에 대한 1단계 평가기준을 충족시키는 데 결정적이지 못할 것이라고 하면서 2단계 평가기준, 즉 진정으로 수사나 기소를 행할 능력이 있는지

---

302) *Gaddafi* Admissibility Decision, para. 58; *Katanga* Admissibility Judgment, paras. 1, 75–79.

303) *Gaddafi* Admissibility Decision, paras. 114–131.

304) *Ibid.*, para. 132.

305) *Ibid.*, paras. 133–135.

여부에 대한 평가’를 진행하였다.<sup>306)</sup>

이에 대해, 상소심재판부는 로마규정 제17조 제1항 a호의 ‘사건’의 의미와 ‘실질적으로 동일한 행위’ 기준의 의미와 평가방법에 대해 설명한 뒤 이를 현 사건에 적용시켰다.<sup>307)</sup> 그 결과 상소심재판부는 리비아가 ICC에서의 절차에서 다루고 있는 Gaddafi의 행위와 관련될 수도 있는 ‘離散的 측면들’(discrete aspects)<sup>308)</sup>에 대해 일련의 수사적 조치들을 취한 사실을 인정할 수 있다고 하면서도 리비아의 수사적 조치가 ICC에서의 절차에서 다루고 있는 것과 ‘동일한 사건’을 대상으로 한 것은 아니라고 판단하였다.<sup>309)</sup>

또한 상소심재판부는 동일한 사건(‘실질적으로 동일한 행위’)이 수사되고 있는지 평가하기 위해서는 국내적으로 수사되고 있는 것과 소추관이 수사하고 있는 것을 비교해야 하는데, 이를 위해서 사건 수사의 범위, 즉 무엇이 수사되고 있는지가 분명해야 한다고 판시하였다.<sup>310)</sup> 따라서 상소심재판부에 의하면, 국가가 자신이 행한 사건 수사의 범위를 ICC에 분명하게 제시하지 못할 경우, ICC가 ‘국가 당국에

---

306) ‘2단계 평가’에 따르면 1단계 평가기준이 충족되어야 2단계 평가기준을 판단하게 되는데, 전심재판부는 리비아 정부가 ‘동일’ 사건에 대한 수사나 기소를 진행하고 있다는 점을 충분히 증명하지 못하였다고 보아 1단계 평가기준이 충족되지 않았다는 취지의 결정을 하면서도, 2단계 평가기준인 ‘능력부재’ 여부에 대한 평가를 계속하여 진행하였다. 이는 2단계 평가를 잘못 적용한 것이거나, 전심재판부가 1단계 평가기준이 충족되었는지 여부에 대한 판단에 확신이 없었기 때문으로 보인다. 이에 대해, 같은 사건의 상소심재판부는 2단계 평가를 엄격히 적용하여 1단계 평가기준의 불충족을 이유로 2단계 기준을 평가하지 않았다.

307) *Gaddafi* Admissibility Judgment, paras, 61–63, 70, 72–73.

308) 이러한 측면들은 민병대와 군대의 동원이나 舊Gaddafi 정권에 반대하는 저널리스트나 활동가들의 체포 등을 포함한다.

309) *Gaddafi* Admissibility Judgment, para. 77.

310) *Ibid.*, para. 83.



의해 동일 사건이 수사되고 있는지 여부’를 제대로 평가할 수 없다고 한다.<sup>311)</sup> 결국, 상소심재판부는 2단계 평가의 첫 번째 기준이 충족되지 않았으므로 능력부재 등 두 번째 평가기준에 대해서는 추가적으로 고려할 필요가 없다고 보았다.<sup>312)</sup>

## 라. *Ms Simone Gbagbo* 사건

### (1) 사건 개요

Ms Simone Gbagbo는 2010년 12월 16일부터 2011년 4월 12일 사이에 코트디부아르에서 발생한 선거이후 폭력사태에서 4건의 인도에 반한 죄를 범한 혐의를 받고 있다. ICC는 2012년 2월 그녀에 대한 체포영장을 발부하였지만, 그녀는 아직 체포되지 않았다. 2013년 10월 코트디부아르는 *Ms Simone Gbagbo* 사건의 재판적격성에 대한 이의를 제기하였다. 국내적 수준에서 동일인물과 동일범죄에 대한 사건이 기소 중이라는 이유였다. 2014년 12월 11일 전심재판부 I은 코트디부아르의 이의제기를 기각하면서, 코트디부아르가 Ms Simone Gbagbo를 ICC로 인계할 의무가 있음을 상기시켰다. 이에 대해 코트디부아르는 2014년 12월 17일 상소했지만, 2015년 5월 27일 상소심재판부는 원심재판부의 결정에 사실의 오인이나 법령위반이 없다고 보아 상소를 기각했다.<sup>313)</sup>

---

311) *Ibid.*, para. 84.

312) *Ibid.*, paras. 212-214.

313) ICC, Case Information Sheet: Situation in the Republic of Côte d'Ivoire – *The Prosecutor v. Ms Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/12.

## (2) 코트디부아르 정부와 담당 재판부의 입장

*Ms Simone Gbagbo* 사건은 코트디부아르 당국에 의한 일부 국내 절차가 존재했음에도 불구하고 ‘동일행위’ 기준을 충족시키지 못한 사례이다.

이 사건에서 코트디부아르 정부는 ICC에서 다루고 있는 사건과 동일한 사건이 자국의 국내당국에 의해 수사되고 있거나 기소된 경우에 해당한다는 이유로 사건의 재판적격성에 대해 이의를 제기했다.<sup>314)</sup> 코트디부아르 정부는 *Ms Simone Gbagbo*에 대한 국내절차가 2012년 2월 6일 개시되었는데, 해당 절차에는 2010년 11월 28일 2차 대통령 선거 이후 코트디부아르에서 자행된 *Ms Simone Gbagbo*에 대한 범죄혐의가 포함되어 있으며, 이는 ICC에서 다루고 있는 범죄혐의와 유사하다고 주장하였다.<sup>315)</sup>

이에 대해 전심재판부는 로마규정 제17조 제1항 a호에 비추어 ‘동일행위’에 해당하는지 여부를 검토하였다.<sup>316)</sup> ICC의 수사대상인 *Ms Simone Gbagbo*에 대한 범죄혐의는 ‘*Mr Gbagbo*와 그의 내각, 그리고 FDS(*The Ivorian Defence and Security Forces*)와 공동으로 (i) 2010년 12월 16일 RTI로 행진하는 과정에서, (ii) 2011년 3월 3일 Abobo 지역에서 여성들의 행진과 관련하여, (iii) 2011년 3월 17일 Abobo 시장 폭격과 관련하여, 그리고 (iv) 2011년 4월 12일 Yopougon 학살과

---

314) ICC-PTC I, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, “Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo”, ICC-02/11-01/12, 2014. 12. 11.[이하 *Gbagbo* Admissibility Decision], para. 12.

315) *Ibid.*, para. 13.

316) *Ibid.*, para. 43.

관련하여 자행된 살해, 강간 및 기타 형태의 성폭력, 그리고 비인도적 행위와 박해를 실행한 것이다.<sup>317)</sup> 한편, 전심재판부에 따르면, 코트디부아르의 국내절차가 경제범죄, 국가에 반한 범죄, 개인에 대한 범죄를 대상으로 진행되고 있다고 한다. 그 중 개인에 대한 범죄의 경우 ICC가 다루고 있는 사건에서 주장되는 것과 동일한 성격의 범죄라는 점에서, 전심재판부는 코트디부아르의 국내 절차에 대해 상세히 검토하였다.<sup>318)</sup>

전심재판부는 자신이 입수한 문서를 바탕으로 Ms Simone Gbagbo의 ‘개인에 대한 범죄’와 관련한 국내절차가 2012년 코트디부아르에서 개시되었다고 보았다. 또한 전심재판부는 당시까지(전심재판부의 결정시까지를 의미) 담당 예심판사(The competent *judge d'instruction*)가 관련 사건을 기각할 것인지, 아니면 중죄기소부(The *Chambre d'Accusation*)에서 처리하도록 검찰총장(The *Procureur Général*)에게 회부할지 여부를 결정해야 하는 상황임을 보여준다고 하였다.<sup>319)</sup>

그러나 ICC가 사건의 재판적격성이 없다고 결정하기 위해서는 Ms Simone Gbagbo가 ICC에서의 절차에서 다루고 있는 범죄혐의에 대해 형사책임이 있는지 여부를 확인할 수 있을 정도의 가시적이고, 구체적이며, 진전있는 수사적 조치가 취해지고 있다는 것을 코트디부아르가 증명해야 하는데 그렇게 하지 못했다고 전심재판부는 판단하였다.<sup>320)</sup>

전심재판부에 따르면, 코트디부아르의 국내적 절차와 관련하여 재

---

317) *Ibid.*, para. 44.

318) 이에 대한 자세한 내용은 *Ibid.*, paras. 50-64 참조.

319) *Ibid.*, para. 65.

320) *Ibid.*

판부가 입수한 유일한 정보는 ‘2010-2011년 선거이후 폭력사태 기간 동안 Abidjan지역에서 Ms Simone Gbagbo와 기타 사람들이 범한 것으로 알려진 개인에 대한 범죄와 관련한 수사가 개시되었다’는 점이라고 한다. 그렇지만 전심재판부는 코트디부아르 당국이 2012년 2월 6일 이후 수사한 것으로 알려진 사항, 즉 Ms Simone Gbagbo에 대한 혐의사실과 범죄행위가 불분명하고 명확하지 않다고 보았다.<sup>321)</sup> 전심재판부에 의하면, 여러 가지 관련 문서를 종합하여 검토해 보더라도 코트디부아르의 전반적인 수사 범위와 대상이 무엇인지 명확히 구분하기 어렵다는 입장이었다.<sup>322)</sup> 이와 관련하여 전심재판부는 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 상소심재판부의 판결내용을 인용하면서, ‘사건에 대해 이의를 제기한 국가는 국내절차가 여전히 수사의 초기단계에 머물러있다고 할지라도 국내에서 수행되고 있는 수사의 대상(또는 내용)을 결정하기 위하여 그러한 수사의 윤곽이나 범위를 증명할 수 있어야 하며, 국가가 이를 명확히 제시할 수 없다면 ICC와 관할권의 경합이 있다고 주장할 수 없다’고 보았다.<sup>323)</sup> 따라서 코트디부아르 당국이 ICC에서의 절차에서 다루고 있는 것과 ‘동일한 행위’에 대해 수사하고 있거나 기소한 경우에 해당하지 않는다고 전심재판부는 판단하였다.<sup>324)</sup>

이 사건의 상소심재판부 역시 전심재판부와 동일한 입장을 표명하였다. 상소심재판부는 Ms Simone Gbagbo에 대한 코트디부아르 국내당국에 의한 수사 및 절차에 대해 ‘사실관계에 대한 평가’와 ‘코트디

---

321) *Ibid.*, para. 71.

322) *Ibid.*, para. 76.

323) *Gaddafi* Admissibility Judgment, paras. 83-84.

324) *Gbagbo* Admissibility Decision, paras. 78-79.

부아르 사법당국이 취한 수사적 조치에 대한 평가'로 구분하여 검토하였다.

먼저 상소심재판부는 '사실관계에 대한 평가'와 관련하여 다음과 같이 판단하였다.

첫째, 상소심재판부에 의하면, 국내적으로 수사 중인 사건의 범위가 명확해야 하는데, 코트디부아르가 제시한 문서증거에 따르면 이러한 범위가 불분명하다고 한다.<sup>325)</sup> 이와 관련하여 상소심재판부는 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 상소심재판부의 판결내용을 인용하고 있다.

“국가가 ICC에 그러한 수사범위를 제시할 수 없다면, 동일한 사건이 수사되고 있는지 여부에 대한 의미 있는 평가가 이루어질 수 없다. 그러한 상황에서, 사건의 재판적격성을 부정하게 하는 수사가 진행 중이라고 ICC가 인정하는 것은 합리적이지 않을 것이다.”<sup>326)</sup>

둘째, 상소심재판부는 '동일한 사건(실질적으로 동일한 행위)이 ICC와 실제로 관할권을 가지는 국가에 의해 수사되고 있는지 여부를 판단함에 있어서, 단지 일부 또는 어떠한 사건이 국내적으로 수사되고 있다는 것만으로는 동일한 사건인지 여부를 판단하는 데 충분하지 않다'는 선행 판례들의 내용을 인용하고 있다.<sup>327)</sup> 그러면서 상소심재판

---

325) ICC-AC, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, “Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled “Decision on Côte d'Ivoire's Challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo””, ICC-02/11-01/12 OA, 2015. 5. 27.[이하 *Gbagbo* Admissibility Judgment], paras. 82-92.

326) *Gaddafi* Admissibility Judgment, para. 84.

327) 관련 선행 판례의 내용에 대해서는 *Ruto et al.* Admissibility Judgment, para. 37; *Muthaura et al.* Admissibility Judgment, para. 36; *Gaddafi* Admissibility Judgment, para. 83 참조.

부는 경제범죄와 국가에 반한 죄가 ICC에서 다루고 있는 사건과 관련성이 없거나 동일한 행위를 포함하고 있지 않다는 전심재판부의 판단이 비합리적이지 않다고 판단하였다.<sup>328)</sup>

한편 ‘코트디부아르 사법당국이 취한 수사적 조치에 대한 평가’와 관련하여, 상소심재판부는 코트디부아르가 자국 사법당국이 처한 수사상 어려움을 표명하였는데, 이것이 ‘가시적이고, 구체적이며, 진전있는 수사상 조치가 취해지지 않았다’는 전심재판부의 결정에 어떠한 영향을 미쳤는지 코트디부아르가 증명하지 못했다고 보았다.<sup>329)</sup> 또한 상소심재판부는 과거 *William Samoei Ruto et al.* 사건과 *Francis Kirimi Muthaura et al.* 사건의 각 상소심 판결의 내용<sup>330)</sup>과 원심인 전심재판부의 관련 결정내용<sup>331)</sup>을 인용하면서, 코트디부아르가 행한

---

328) *Gbagbo* Admissibility Judgment, paras. 99–100.

329) *Ibid.*, paras. 119–122.

330) 즉 로마규정 제17조 제1항 a호의 “사건이 수사되고 있다”는 구절은 해당 자가 주장된 행위에 대해 책임이 있는지 여부를 확인하기 위하여 “취한 조치들”을 요구한다. 이러한 수사적 조치들은 “증인이나 피의자 인터뷰, 서증의 수집, 또는 포렌식 분석의 수행”을 포함한다. *Ruto et al.* Admissibility Judgment, para. 41; 사건의 재판적격성에 이의를 제기한 국가는 “사건의 재판적격성이 없다는 것을 보여줄 입증책임을 부담한다.” *Ibid.*, para. 62; 입증책임을 이행하기 위해서, 당해 국가는 ICC에게 실제 사건을 수사하고 있다는 것을 보여주는 “상당히 구체적이고 증거가치를 지닌 증거”를 제시해야 한다. *Ibid.*; *Muthaura et al.* Admissibility Judgment, para. 61. 한편, 지난 2019년 4월 5일자 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 재판적격성에 대한 이의제기에 대한 결정에서 전심재판부는 재판적격성에 이의를 제기한 개인에게도 국가와 마찬가지로 입증책임을 부담하고 증거를 제시할 의무가 있음을 명시적으로 확인하고 있다. ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, “Decision on the ‘Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’”, ICC-01/11-01/11-662, 2019. 4. 5., paras. 32–33.

331) 즉 코트디부아르 사법당국이 Ms Simone Gbagbo에 대해 2012년 2월 6일 1차 공소를 제기한 이후 32개월간 단지 4개의 절차적 조치만 취해졌고, 2013년 1월 23일부터 2014년 10월 10일까지 이루어진 수사상 조치는 ‘Ms Simone Gbagbo에 대한 심문’뿐이었다. *Gbagbo* Admissibility Decision,

수사상 조치들이 소수에 불과하고 이질적이라는 전심재판부의 결정이 비합리적이라고 볼 수 없다고 판단하였다.<sup>332)</sup>

### 3-1-2. '동일인물, 동일행위' 기준을 충족시킨 사례

현재까지 재판적격성 문제를 다룬 ICC 사건 중 '동일인물, 동일행위' 기준을 충족시킨 사례는 *Abdullah Al-Senussi* 사건이 유일한 것으로 파악된다. 또한 *Abdullah Al-Senussi* 사건은 '동일인물, 동일행위' 기준을 충족시키지 못한 같은 리비아 사태 내의 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건과 대조되는 경우이다. 이하에서는 이 사건의 관련 내용을 분석한다.

#### (1) 사건 개요

리비아 정보기관의 수장이었던 Al-Senussi는 2011년 2월 15일부터 20일까지 리비아 Benghazi 지역에서 인도에 반한 죄를 구성하는 살해 및 박해 등을 범한 혐의를 받았다. 2011년 6월 ICC는 그에 대한 체포영장을 발부하였다. 이후 그에 대한 절차는 사건의 재판적격성이 없다는 전심재판부의 결정에 대해 상소심재판부가 이를 확인함으로써 2014년 7월 종료되었다.

---

paras. 66, 69. Ms Simone Gbagbo에 대한 절차에서, 사건담당 판사는 증인의 증언 수집, 피의자와 증인의 대질조사 명령, 또는 범죄혐의와 관련하여 필요한 포렌식 또는 다른 감정 명령과 같은 어떠한 수사적 조치에 대해서도 명령을 발하지 않았다. *Ibid.*, para. 67.

332) *Gbagbo* Admissibility Judgment, para. 131.

## (2) 리비아 정부와 담당 재판부의 입장

이 사건에서 리비아 정부는 자국의 사법제도를 통해 ‘국가정책과 결부되어 인도에 반한 죄에 해당하는 다수의 살인과 박해를 범한 혐의’를 받고 있는 Al-Senussi를 적극적으로 수사하고 있다는 이유로 사건의 재판적격성이 없다고 주장하였다.<sup>333)</sup> 또한 리비아 정부는 Al-Senussi에 대한 수사 상황과 죄책을 자세히 언급한 후, 재판 환경, 유엔 등 국제기구와 일부 국가들의 원조로 인해 경찰과 사법부의 역량 강화, 재판상 안전 증진, 구금시설의 환경 개선 등이 이루어졌음을 강조하였다.<sup>334)</sup> 이를 토대로, 리비아 정부는 자신이 제시한 고도의 구체성과 증거가치를 지닌 증거에 입각하여 ‘사건이 리비아에 의해 수사되고 있으며, 리비아는 해당 사건을 진정으로 수사할 의사와 능력이 있다’는 의견을 피력하였다.<sup>335)</sup> 더 구체적으로, 리비아는 (i) ICC가 발부한 체포영장에 적시된 것과 동일한 사건에 대한 수사가 현재 리비아 당국에 의해 진행되고 있으며, (ii) 리비아 당국이 진정으로 사건을 수사할 의사나 능력이 없다는 것을 보여주는 어떠한 증거도 없다고 주장하였다.<sup>336)</sup> 특히 리비아는 위의 (ii)와 관련하여 리비아 당국이 Al-Senussi를 수사나 기소로부터 보호하지 않았고, Al-Senussi는 리

333) ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute”, ICC-01/11-01/11-130-Red, 2012. 5. 1., para. 1.

334) ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, ICC-01/11-01/11, 2013. 10. 11.[이하 *Al-Senussi* Admissibility Decision], paras. 15-20.

335) *Ibid.*, para. 21.

336) *Ibid.*, para. 22.



비아 정부 당국의 통제 하에 있는 구금시설에서 안전하게 지내고 있으며, 리비아 내에서 필요한 증거 및 증언을 확보하거나 이용할 수 있고, 법률에 따라 진행 중인 수사를 통해 그러한 증거 및 증언이 수집되고 있다는 점을 강조하였다. 따라서 리비아 정부는 ‘*Abdullah Al-Senussi* 사건에 대해 ICC가 사건의 재판적격성이 없다고 선언할 것’을 전심재판부에게 요구하였다.<sup>337)</sup>

이에 대해, 전심재판부는 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건과 마찬가지로 ‘2단계 평가’에 따라 사건을 검토하였다.<sup>338)</sup> 리비아가 사건에 대한 수사나 기소를 진행하고 있는지 여부(1단계 평가)에 대해, 전심재판부는 리비아가 제출한 각종 증거들의 분석을 통해서 ICC에 회부된 사건과 국내절차의 대상인 사건을 비교한 후 양자가 실질적으로 동일한 행위에 대한 절차를 진행하고 있는지 여부를 판단하였다.<sup>339)</sup> Al-Senussi의 혐의는 Gaddafi와 마찬가지로 Muammar Gaddafi 정권에 반대하는 자들에 대한 인도에 반하는 죄를 구성하는 살해 및 박해행위였다. 전심재판부는 사건의 재판적격성에 대한 이의제기를 위해 리비아가 제출한 증거를 살펴본 뒤, Al-Senussi의 형사책임과 관련하여 리비아가 가시적이고, 구체적이며, 발전적인 수사적 조치를 취했다고 보았다. 특히, 전심재판부는 리비아가 아래의 관련 사실에 대한 진실규명을 위해 수사적 조치를 취하고 있음을 인정하면서, 이러한 사실적인 측면이 체포영장에 적시된 행위 등 ICC에서의 절차에서 주장되는 Al-Senussi의 행위의 내용을 구성한다고 보았다. 그 주요 내용은 다음과 같다.

---

337) *Ibid.*, para. 23.

338) *Ibid.*, paras. 24-30.

339) *Ibid.*, para. 67.

- (i) Gaddafi 정권에 대한 시위를 진압하기 위해 당시 정부의 최고위급 인사들이 계획한 정책의 존재,
- (ii) 민병대의 동원 및 무장, 용병의 모집, 시위대 살해 선동, 민간인 시위의 진압을 위해 보안군 등에 대한 물자 제공, 이러한 활동에 대한 Al-Senussi의 역할과 그의 공모 혐의,
- (iii) Al-Senussi의 보안군에 대한 명령, 그리고 혁명 발발 즉시 사태에 대처하기 위해 Benghazi에 주재,
- (iv) 보안군이 2011. 2. 15.-20.까지 Benghazi지역에서 민간인 시위대를 무수히 공격함으로써 다수의 민간인을 살상하고 심각한 부상을 야기한 행위, Gaddafi 정권에 대한 혁명을 진압하기 위한 쏠 기간 동안 리비아에서 행하여진 유사한 공격행위,
- (v) 2011. 2. 15-20.까지 Benghazi에서 발생한 민간인 시위대들에 대한 발포에 Al-Senussi가 직접 관여한 행위,
- (vi) Gaddafi 정권에 반대하는 저널리스트, 활동가, 민간인 시위대의 체포와 이러한 사건의 일부에 대한 Al-Senussi의 역할 및 공모혐의,
- (vii) 2011. 2. 15-20.까지 Benghazi에서 민간인 반체제인사들의 구금과 고문 행위 등.<sup>340)</sup>

또한 전심재판부는 모든 당사자와 이해관계자들이 제시한 증거를 토대로 리비아 당국이 ICC에서의 절차에서 다루고 있는 것과 ‘실질적으로 동일한 행위’에 대해 절차를 진행하고 있다고 보았다.<sup>341)</sup> 따라서 전심재판부는 리비아가 ICC에서 다루고 있는 것과 ‘동일한 사건’을 포함하고 있는 국내절차를 진행하고 있음을 증명하였다고 결론지었다.<sup>342)</sup>

---

340) *Ibid.*, paras. 162, 164.

341) *Ibid.*, para. 167.

342) *Ibid.*, para. 168.

그런데 이러한 전심재판부의 결정에 대해 Al-Senussi측이 상소를 제기하였다. 리비아와 ICC가 동일한 사건을 수사하고 있는지 여부에 대해, 상소인측은 전심재판부의 접근방식과 사실적 판단이 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 전심재판부가 행한 것과 직접적으로 모순된다고 주장하였다.

그러나 상소심재판부는 양 사건이 다음과 같은 차이가 있어 서로 다른 결론에 도달했다면서 상소인측의 주장을 기각하였다.

첫째, Gaddafi에 대한 사건은 리비아 전역에서 발생한 범죄혐의에 대한 것인 반면, Al-Senussi 사건은 Benghazi지역에서 발생한 범죄혐의에 국한된다.

둘째, 리비아는 동일한 사건을 수사하고 있음을 증명하기 위해 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건보다 현 사건에서 실질적으로 더 많은 증거를 제출했다.

셋째, 상소심재판부는 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건과 현 사건의 가장 큰 차이점으로 ‘중앙정부가 이들을 구금하고 있는지 여부’로 보았다. Gaddafi는 여전히 중앙정부에 의해 체포되지 않은 상태였지만, Al-Senussi는 리비아 중앙정부에 의해 구금된 상태였다. 상소심재판부는 이러한 상황도 두 사건의 상이한 결론에 영향을 미쳤을 것이라고 보았다.<sup>343)</sup>

---

343) ICC-AC, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi””, ICC-01/11-01/11 OA 6, 2014. 7. 24.[이하 *Al-Senussi* Admissibility Judgment], paras. 94-97, 203.

### 3-2. 비판론

그간 학자와 전문가들을 중심으로 ‘동일인물, 동일행위’ 기준이 지나치게 엄격하게 설정되어 있다는 비판이 꾸준히 제기되어 왔다. 이 하에서는 그 주요한 내용을 살펴보기로 한다.

Payam Akhavan에 따르면, ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족시켜야 하는 국가의 입장에서는 자원의 희소, 불안정한 안보 상황, 그리고 정치적 혼란기 등 과도기적 상황에 처한 경우가 많다는 점과 ICC에서의 절차 내에서 사건의 재판적격성에 대한 이의제기가 가능한 한 신속하게 이루어져야 한다는 점 등에서 이 기준을 충족시키는 데 상당한 부담이 되지 않을 수 없다고 한다. 즉 Payam Akhavan은 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족시킬 수 있는 기회가 상당히 제한적이라고 주장하였다.<sup>344)</sup>

Claire Brighton 역시 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 지나치게 강조할 경우 국내관할권에 대한 과도한 압박으로 작용할 수 있다고 주장하였다.<sup>345)</sup> Claire Brighton에 따르면, ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 적용할 경우 국가의 입장에서는 해당 사건에 대하여 절차를 진행하고 있다는 것을 증명하기가 더욱 어려워지는 반면, ICC는 재판적격성이 있다고 주장하기가 더욱 수월해 진다는 것이다.<sup>346)</sup> 또한 Claire Brighton에 따르면, ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족시키기 위해 해당 국가는 피의자가 특정될 때까지 수사를 신속히 진행하도록 압박을 받게 되고, 그 결과 관련 절차를 무시하면서까지 수사를 진행할 가능성을 배제할 수

---

344) Payam Akhavan, *supra* note 13, pp. 1049–1054.

345) Claire Brighton, *supra* note 15, p. 636.

346) *Ibid.*

없다고 한다. 더 나아가, Claire Brighton은 해당 국가가 모든 관련자들을 수사하고 기소하기보다는 ICC가 염두에 둔 피의자들에 대한 수사에 초점을 맞출 가능성도 존재하며, 이는 전체론적 정의(holistic justice)의 달성을 방해할 수 있다고 보았다.<sup>347)</sup>

또한 Nidal Nabil Jurdi는 ‘ICC가 보충성 제도의 구성요소들을 제한적으로 해석함으로써 핵심 국제범죄를 기소할 일차적 의무를 행사할 의사와 능력이 있는 일부 국가들조차도 그것을 극히 곤란하게 하였다’고 비판하였다.<sup>348)</sup> 그러면서, 그는 ‘ICC 재판부들이 ‘동일인물, 동일행위’ 기준에 대해 이의제기국들에게 상당한 정도의 입증책임을 부담시켰다’고 주장하였다.<sup>349)</sup>

Christopher Totten 등 역시 ‘동일인물, 동일행위’ 기준은 사건에 대해 관할권을 행사하기 원하는 국가에게 너무 많은 것을 요구하기 때문에, 실제로 관할권을 가지는 국가와 ICC의 업무분담 측면에서 ICC에 지나치게 유리할 수 있다는 점을 강조하였다.<sup>350)</sup>

또한 Thomas Obel Hansen에 의하면, ‘동일인물, 동일행위’ 기준은 자기회부의 상황에서 발전하였는데,<sup>351)</sup> 자기회부 상황에 이 기준을 적용하는 것과 ICC 관할범죄를 기소할 의사와 능력을 가진 국가가 자신의 관할권을 주장하는 경우에도 이 기준을 적용하는 것에는 근본적인 차이가 있다고 한다. 그러면서 그는 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을

---

347) *Ibid.*, pp. 636–637.

348) Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 6, p. 199.

349) *Ibid.*, pp. 213–214.

350) Christopher Totten *et al.*, *supra* note 14, p. 755.

351) 이 기준은 자기회부사태였던 콩고민주공화국 사태의 *Thomas Lubanga Dyilo* 사건에서 처음 정립되었다.

엄격하게 적용하게 되면 후자의 국가 역시 잠재적으로 ICC의 개입으로부터 자유롭지 못하다는 취지의 주장을 하고 있다.<sup>352)</sup>

### 3-3. 평가 및 대안

#### 가. 평 가

위에서 제시한 ICC 관련 사건들 중 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 통과한 것은 *Abdullah Al-Senussi* 사건이 유일하다. 같은 리비아 사태 내의 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 경우, 리비아의 신정부가 Gaddafi에 대한 수사를 진행했음에도 불구하고 *Abdullah Al-Senussi* 사건과 달리 ‘동일행위’ 기준을 충족시키지 못하였고, 결국 ICC의 개입을 초래하였다. Payam Akhavan은 두 사건의 결과의 차이를 ‘본질적으로 동일한 수사를 진전시킬만한 충분한 시간이 있었는지 여부’로 보았다. 그에 따르면, 혼란스러운 국내 상황에서 정권을 잡은 리비아의 신정부가 안보리의 사태 회부 이후 Al-Senussi와 달리 Gaddafi를 수사할 시간적 여유가 상대적으로 적었다는 것이다.<sup>353)</sup> 물론, *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부가 두 사건이 상이한 결론에 다다른 이유를 밝히고 있지만, Gaddafi를 수사하여 처벌하고자 했던 리비아의 신정부의 입장에서는 자국의 관할권 행사가 제약되는 결과를 쉽게 납득하기 어려웠을 것이다.

또한 *Thomas Lubanga Dyilo* 사건의 경우, 콩고민주공화국은 국내

---

352) Thomas Obel Hansen, “A Critical Review of the ICC’s Recent Practice Concerning Admissibility Challenges and Complementarity”, 13 *Melbourne Journal of International Law* 217 (2012), pp. 233–234.

353) Payam Akhavan, *supra* note 13, pp. 1051–1052.

상황이 개선됨에 따라 Lubanga를 자국 법령에 따라 상당히 중대한 범죄유형인 제노사이드, 인도에 반한 죄, 살해, 불법구금, 고문 등의 혐의로 2건의 체포영장을 발부하는 등 국내적 수사를 적극적으로 진행했다. 그렇지만 ICC는 ‘동일행위’가 아니라는 이유로 사건의 재판적격성을 인정하였다. 이 사건에서 콩고민주공화국은 Lubanga를 처벌할 의사와 능력이 있었고 실제 구체적인 국내적인 조치들을 취했음에도 불구하고 ICC의 개입을 막지 못하였다. 이러한 사례는 국가가 ICC의 개입을 막기 위해 허위재판소를 설립하여 절차를 지연시키고자 한다는 의심을 받는 경우, 즉 우간다 사례(고등법원특별재판부), 케냐 사례(특별재판소 설치 제안, 진실화해위원회가 사법적 기능을 수행할 수 있다는 제안, 사법개혁을 통해 국내재판이 진행될 것이라는 제안 등)<sup>354)</sup>와 본질적으로 차이가 있다. 또한 *Thomas Lubanga Dyilo* 사건은 실제로 관할권을 가지는 국가가 사건을 기소할 ‘의사가 없음’을 명시적으로 표명한 *Germain Katanga* 사건과도 대조를 이룬다. 이러한 상황은 ICC를 ‘최후의 보루로서의 재판소’로 보았던 로마 규정 기초자들의 의도에 반할 여지가 있다. 뿐만 아니라, *Thomas Lubanga Dyilo* 사건은 해당 국가의 사법부의 신뢰 저하, 그리고 해당 국가가 스스로 개혁하려는 노력이나 매우 복잡한 정의 문제를 다루기 위해 노력하더라도 국제기구가 개입하는 것을 멈추지 않을 것이라는 메시지를 남길 수 있다.<sup>355)</sup>

한편 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계에서 ‘동일인물, 동

---

354) Chandra Lekha Sriram & Stephen Brown, “Kenya in the Shadow of the ICC: Complementarity, Gravity and Impact”, 12 *International Criminal Law Review* 219 (2012), pp. 230–231.

355) Susana Sácouto & Katherine Cleary, *supra* note 13, p. 373.

일행위’ 기준을 충족시키기 위해, 해당 국가는 ICC에게 실제 사건을 수사하고 있다는 것을 보여주는 ‘상당히 구체적이고 증거가치를 지닌 증거’를 제시해야 한다. 그리고 해당 국가가 행한 수사적 조치들은 ‘가시적이고, 구체적이며 진전있는’ 것이어야 한다. 이러한 조치는 ‘증인이나 피의자 인터뷰, 서증의 수집, 또는 포렌식 분석의 수행’을 포함한다. 또한 국내적인 수사의 범위와 수사의 대상이 무엇인지 명확해야 한다. 그런데 *Ms Simone Gbagbo* 사건에서 코트디부아르는 전심재판부와 상소심재판부에 위와 같은 사항들을 충분히 증명하지 못함으로써, ‘동일행위’가 국내적으로 ‘수사’되고 있어야 한다는 1단계 평가기준을 충족시키지 못했다.

종합하면, 위의 각 사건들은 다양한 이유에 기하여 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족하지 못하였다. 그렇다면, ‘동일인물, 동일행위’ 기준은 지나치게 높게 설정된 것인가? ICC 재판부는 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 로마규정과 ICC의 ‘재판소규칙’(Regulations of the Court)에서 도출했다.

“이와 달리, 로마규정 제19조는 구체적인 사건들의 재판적격성과 관련된다. 그러한 사건들은 제58조에 따라 발부된 체포영장이나 소환장, 또는 제61조에 따라 소추관이 제출하고 전심재판부가 확인한 공소사실에 의해 정의된다. 체포영장이나 소환장이 발부되기 위해서는 그 안에 기재된 자가 ICC 관할범죄를 범하였다고 믿을 만한 합리적인 근거가 있을 것을 제58조는 요구하고 있다. 유사하게, 재판소규칙(Regulations of the Court) 제52조에 따르면, 공소사실에 포함된 문서는 공소사실의 확인이 요청된 자와 그 또는 그녀에 대한 혐의를 특정해야 한다. 로마규정 제17조 제1항 c호 및 제20조 제3항은 같은 규정 제20조 제3항 a호 또는 b호가 충족되지 않는다



면 동일한 행위(the same conduct)에 대해 국가법원에서 재판받은 자(a person)를 ICC가 재판할 수 없다고 규정하고 있다. 그러므로 ICC가 다루고 있는 구체적인 사건의 본질적인 요소들은 개인과 주장되고 있는 행위이다.”<sup>356)</sup>

이러한 점에서 ‘동일인물, 동일행위’ 기준은 분명한 법적 근거를 가지고 있기 때문에 원칙에 입각하여 해석될 필요가 있다.<sup>357)</sup>

‘동일인물, 동일행위’ 기준을 엄격하게 적용하더라도, 관할권을 가지는 국가가 ICC에서 다루고 있는 사건과 동일한 사건을 최대한 신속히 수사한 후 사건의 재판적격성에 대한 이의를 다시 제기할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 시나리오가 이루어질 가능성이 높아 보이지 않는다. 예컨대, 사건관련국이 대부분 분쟁 이후 과도기적 상황에 처해있으면서 정치적 불안과 인적·물적 자원의 결핍에 시달리고 있을 가능성이 높다. 그리고 사건 대상자들이 여전히 해당 국가의 권력을 장악하고 있는 경우, 관련 국가가 이들을 처벌할 가능성은 더욱 낮을 것이다. 한편, 해당 국가가 재차 이의를 제기할 경우, 소송경제적 측면에서 비효율적이라는 한계도 내포한다. 이의제기가 반복될수록 그만큼 절차의 지연은 불가피하기 때문이다.

## 나. 대안 제시

그렇다면 위와 같은 문제점을 극복하면서 ‘동일인물, 동일행위’ 기

---

356) *Muthaura et al.* Admissibility Judgment, para. 39. Rod Rastan은 로마 규정 제90조 제1항-6항도 이 기준의 도출근거가 된다고 보고 있다. Rod Rastan, *supra* note 73, pp. 437-445.

357) ‘보충성은 제17조의 엄격한 해석에 의해서 판단되어야 한다.’ M. Christopher Pitts, *supra* note 49, p. 1319.

준도 원칙대로 적용하고, 동시에 국내적으로 적극적인 수사나 기소를 하려는 국가들을 위한 더 나은 방안은 없을까?

Christopher Totten 등은 보충성 기준과 관련하여 다음과 같이 제안한 바 있다. 이들은 ICC에서의 절차에서 다루고 있는 것과 동일한 수준이거나 더 큰 수준의 심각성이나 중대성을 가진 ‘유사 범죄행위’를 국가가 수사하거나 기소한 경우에도 ICC가 사건의 재판적격성이 없다고 결정할 수 있도록 하자고 주장한다.<sup>358)</sup> 이들의 주장은 앞서 살펴본 *Thomas Lubanga Dyilo* 사건에서 발생하는 부작용을 최소화할 수 있는 방안으로 보인다. 그러나 이들의 주장은 ‘동일인물, 동일 행위’ 기준을 충족시키지 못하는 근본적인 한계를 노정하고 있다. 왜냐하면 ‘동일한 행위’가 아니라 ‘이종의 행위’이기 때문이다. 또한 Christopher Totten 등이 제시한 내용은 그 취지상 *William Samoei Ruto et al.* 사건 및 *Francis Kirimi Muthaura et al.* 사건에 대한 상소 제기 시 케냐정부가 ‘동일한 지위의 자’ 기준을 주장한 것과 별반 다르지 않다. 따라서 ‘동일인물, 동일 행위’ 기준에 반한다는 점에서 위의 주장은 채택하기 어렵다.

한편, Nidal Nabil Jurdi는 *Thomas Lubanga Dyilo* 사건을 다루면서 앞의 Christopher Totten 등과 다른 관점의 접근방식을 취했다. 이 견해에 의하면, 콩고민주공화국 당국과 ICC가 동일한 ‘행위’를 수사하고 있지 않다면, 먼저 양자 사이에 로마규정에 따른 협력협정을 체결<sup>359)</sup>한 후 ICC가 자체 진행 중인 범죄사건에 대한 정보를 콩고민주

---

358) Christopher Totten *et al.*, *supra* note 14, pp. 755–757.

359) 로마규정 제4조 제2항 : “재판소는 모든 당사국의 영역에서는 이 규정에 정한 바와 같이, 그리고 다른 여하한 국가의 영역에서는 특별협정에 의하여 자신의 기능과 권한을 행사할 수 있다.”

공화국 당국에게 제공하면 된다고 한다. 더 나아가 이 견해는 ICC로부터 정보를 제공받은 콩고민주공화국 당국이 사건을 수사한 후 공소장의 내용을 변경하여 기소할 수 있었을 것이라고 주장한다.<sup>360)</sup> 그러나 이 견해는 ‘ICC가 실제로 관할권을 가지는 국가에게 수사나 기소를 개시할 것을 명령할 권한을 가지고 있지 않다’는 *Germain Katanga* 사건의 상소심재판부의 입장과 상반된다는 비판을 받을 여지가 있다.<sup>361)</sup> 그렇지만 협력협정에 수사나 기소를 강제하는 내용이 포함되지 않는다면, Nidal Nabil Jurdi의 주장과 같이 ICC가 해당 국가의 사건처리를 지원하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다.

위와 같은 방안 외에 로마규정 제93조 제10항을 활용하는 방안도 강구할 필요가 있다. 이 조항은 다음과 같이 규정하고 있다.

10. (a). 재판소는 요청이 있는 경우, 재판소 관할범죄를 구성하는 행위 또는 요청국의 국내법상 중대한 범죄를 구성하는 행위에 대하여 수사 또는 재판을 수행하는 당사국에 협력하거나 지원을 제공할 수 있다.

(b). (i) (a)호에 따라 수행하는 지원은 특히 다음을 포함한다.

- a. 재판소가 수행하는 수사 또는 재판 과정에서 얻은 진술, 문서 또는 다른 형태의 증거의 송부
- b. 재판소의 명령으로 구금된 자에 대한 신문

(ii) (b)호(i)a에 따른 지원의 경우,

- a. 문서 또는 다른 형태의 증거가 국가의 지원으로 획득된 경우, 송부는 그 국가의 동의를 필요로 한다.

360) Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 13, p. 90.

361) “재판부의 견해에 의하면, [...] 로마규정에 따라 ICC가 국내적으로 수사나 기소를 개시할 것을 국가에게 명령할 권한을 가지고 있지 않기 때문에 그러하다.” *Katanga* Admissibility Judgment, para. 86.

b. 진술, 문서 또는 다른 형태의 증거가 증인 또는 감정인에 의하여 제공된 경우, 송부는 제68조의 규정에 따른다.

(c). 재판소는 규정 비당사국으로부터의 이 항에 따른 지원요청을 이 항에 열거된 조건으로 허가할 수 있다.

위 조항상 ICC의 협력이나 지원은 ‘적극적 보충성’의 이념이 구현된 것으로 소위 ‘reverse cooperation’을 의미한다.<sup>362)</sup> 먼저 a호에 따르면, ICC 관할범죄 또는 요청국의 국내법상 중대한 범죄를 구성하는 행위에 대하여 수사 또는 재판을 수행하는 당사국의 ‘요청이 있는 경우’ ICC가 이에 협력하거나 지원을 제공할 수 있다. 또한 ICC는 로마규정 비당사국의 지원요청을 일정한 조건 하에 허가할 수 있다(c호). 그밖에 b호에 따르면, ICC의 협력이나 지원 내용에는 해당 사건의 수사나 재판에 중대한 영향을 미칠 수 있는 진술, 문서 또는 증거의 송부를 포함하고 있다. 다만 제93조 제10항에 따르면, ICC의 협력이나 지원은 로마규정 당사국이나 비당사국의 요청이 있어야 가능하다. 따라서 ICC가 재량으로 이러한 협력이나 지원을 제공할 수는 없다. 또한 소추관이 ICC의 협력이나 지원을 이해당사국에게 제공할 수 있도록 재판부에 요청할 수도 없다.

그런데 ICC가 직권으로 또는 소추관의 요청에 의해 ‘필요하다고

---

362) 로마규정 제93조 제10항에서 언급하고 있는 ‘국가에 대한 ICC의 협력이나 지원’을 가리키는 용어가 ‘reverse cooperation’이다. 로마규정 제9부는 일반적으로 ICC 관할범죄의 수사 및 기소에 있어서 국가가 ICC에 최대한 협력하는 경우를 염두에 두고 있다. 그런데 제93조 제10항은 이와 반대되는 상황을 규정하고 있기 때문에 위와 같은 용어가 사용되고 있다. ‘reverse cooperation’에 대한 자세한 내용은 Federica Gioia, “Complementarity and ‘reverse cooperation’”, in Carsten Stahn & Mohamed M. El Zeidy(eds.), *The International Criminal Court and Complementarity – From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011), pp. 807–829 참조.

인정하는 경우’에도 위와 같은 협력이나 지원을 당사국이나 비당사국에게 제공할 수 있도록 규정한다면, 로마규정 제93조 제10항은 더욱 큰 의미와 중대성을 지닐 수 있다. 즉 적극적 보충성의 이념에 더욱 충실할 수 있는 조항으로 변모할 수 있다.

좀 더 구체적으로 설명하면, ICC의 재판부와 소추관이 관련 국가의 요청이 없어도 자신들이 처리하고 있는 사건이나 재판에 관한 정보를 ‘필요하다고 인정하는 경우’ 관련 국가에게 제공할 수 있도록 하는 내용을 제93조 제10항에 추가하자는 것이다. 여기에는 ICC가 직접 다루고 있는 사건들에 대한 정보가 포함될 수 있다. 그렇지만, 이러한 협력이나 지원은 ‘국내적인 수사나 재판을 진정으로 수행할 의사와 능력을 가진 국가’에만 제공되어야 한다. 이러한 모든 판단은 담당재판부의 ‘결정’(decision) 형식으로 이루어지게 한다. 또한 담당 재판부는 필요하다고 판단하는 경우 ICC의 협력이나 지원에 일정한 조건을 붙일 수 있다. 특히 담당 재판부는 관련 증인이나 피해자의 안전에 관한 사항을 고려하여야 한다.<sup>363)</sup>

이와 같은 내용이나 취지가 로마규정 제93조 제10항에 반영된다면 다음과 같은 긍정적인 효과를 가져 올 수 있다.

첫째, 관련 국가 입장에서는 ICC가 다루고 있는 사건에 대한 각종 정보를 입수하기가 용이해진다. 즉 ICC의 수사대상인 사건(case)과

---

363) 예컨대, 케냐정부의 제93조 제10항에 따른 지원요청에 대해 담당 전심재판부는 비밀문서 등을 케냐정부에 제공할 경우 피해자와 증인의 안전을 위태롭게 할 우려가 있다는 이유로 지원요청을 거절한 바 있다. ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Decision on the Second Request for Assistance Submitted on Behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 93(1) of the Statute and Rule 194 of the Rules of Procedure and Evidence”, ICC-01/09-97, 2012. 7. 12., paras. 15-21.

동일한 것을 자국 국내수사의 범위에 포함시킬 수 있다. 또한 사건 관련 각종 자료를 입수할 가능성도 높아진다. 그 결과, 해당 국가는 ‘동일인물, 동일행위’ 기준의 제약을 훨씬 덜 받을 수 있을 뿐 아니라 분쟁 이후 과도기적 상황에서 사건 관련 정보를 입수하기 어려웠던 문제를 해결할 수 있다. 중국적으로는 선의를 가진 관련 국가가 국내적 수준에서 ICC 관할범죄를 범한 자를 더욱 용이하게 처벌할 수 있을 것이다.

둘째, ICC의 입장에서 ‘국가형사관할권을 보충한다’는 이념을 구현할 수 있다. 또한 소송경제적 측면에서도 훨씬 신속하고 효율적인 절차 진행이 가능하다. 예컨대, ICC에서의 절차의 초기단계부터 ‘진정으로’ 수사나 기소를 행하려는 국가들에게 ICC가 관련 정보를 제공함으로써 국내절차가 촉진될 수 있다. 그 결과, ICC의 사건 개입 가능성이 낮아질 수 있다. 또한 ICC가 협력이나 지원을 제공할 경우, 관련 국가가 사건의 재판적격성에 대해 이의제기를 할 명분이나 사유가 상대적으로 축소될 수밖에 없을 것이다.

셋째, ICC가 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 원칙에 입각하여 적용하더라도 관련 국가가 이를 이유로 쉽게 반발하지 못할 것이다.

종합하면, 보충성원칙의 이념 구현과 국가관할권의 존중, 소송경제의 효율화, 그리고 ICC의 신뢰성과 일관성 제고 측면에서 모두 이익이 될 수 있다.

## 제4장 재판적격성 예외사유로서의 보충성원칙

원칙적으로 사건에 대하여 관할권을 가지는 국가가 국내적으로 수사나 기소를 진행하고 있거나 불기소처분을 하였다면 ICC는 사건의 재판적격성이 없다고 결정한다. 그렇지만 일정한 예외사유에 해당하는 경우, ICC는 사건의 재판적격성이 있다고 결정할 수 있다. 이하에서는 그러한 예외사유가 무엇이고 어떻게 해석되고 적용될 수 있는지 검토한다.

### 제1절 수사 또는 기소의 진정성 부재

사건이 국가에 의해 수사되고 있거나 또는 기소된 경우에도 당해 국가가 ‘진정으로’ 수사 또는 기소를 할 의사나 능력이 없는 경우에는 ICC가 사건에 대해 재판적격성이 있다는 결정을 내릴 수 있다. 여기서 ‘진정으로’라는 용어는 로마규정 조문초안 성안과정에서 일부대표들에 의해 가장 덜 주관적인 의미를 갖는 것으로 여겨졌다.<sup>364)</sup> 즉 이 용어는 효율성(efficiency)의 요소를 배제하면서, 동시에 ‘충분한’ 또는 ‘합리적’이라는 용어들보다 더 정확한 것으로 이해되었다.<sup>365)</sup>

로마회의 이전 협상과정에서 ‘진정으로’라는 용어는 ‘Having the supposed character, not sham or feigned’로 이해되었다.<sup>366)</sup> 그러나

---

364) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 674.

365) *Ibid.*; Michael A. Newton, *supra* note 4, p. 136.

366) John T. Holmes, “The Principle of Complementarity” in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court, The making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law Publisher, The Hague 1999), p. 50.

일부학자들은 ‘진정으로’를 ‘in good faith’로 이해하기도 하였다.<sup>367)</sup> 그렇지만, ‘good faith’라는 용어를 사용하자는 제안은 협상과정에서 일부 대표들이 ‘너무 모호하다’거나 ‘genuine’보다 더 좁은 개념이라고 생각했기 때문에 받아들여지지 않았다.<sup>368)</sup> John T. Holmes에 의하면, 해당 국가가 수사나 기소를 행할 능력이 없는 것은 ‘good faith’의 결여 때문이 아니라, 오히려 기타 더 객관적인 요소들 때문이라고 한다.<sup>369)</sup> 또한 Kai Ambos는 ‘진정으로’라는 개념이 의사부재와 능력부재 기준에 대해 보다 구체적이고 객관적인 의미를 부여하기 위해 삽입된 것이라고 하면서도, 개별 국가에게 수사과 기소에 대한 ‘good faith and seriousness’를 요구한다고 한다. 결론적으로 그는 ‘진정으로’라는 용어가 객관적·주관적 성격 모두를 내포하고 있다고 보았다.<sup>370)</sup> ‘진정으로’라는 용어는 로마규정이나 ICC 판례에서 정의되고 있지 않다. 그렇지만, ‘진정으로’라는 용어를 ‘實在的이고, 眞實되며, 어떠한 형태의 속임수도 없이’(real, sincere, and devoid of any form

---

367) Jennifer Trahan, *supra* note 13, p. 804(Countries that want to avoid having their nationals appear before the ICC, can do so by conducting good faith national investigations and/or prosecutions).

368) ‘Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. I’, Proceedings of the Preparatory Committee during March–April and August 1996 (1996), UN GAOR 51st Session Supp. No. 22, UN Doc. A/51/22, para. 166; John T. Holmes, *supra* note 45, p. 674. 한편, John T. Holmes에 의하면, 국제법위원회(ILC) 규정초안은 핵심기준으로 ‘ineffective’라는 용어를 사용했고, 준비위원회 협상과정에서 이러한 용어를 사용하는 것에 대해 광범위한 지지가 있었다고 한다. 그러나 일부 대표들은 ‘ineffectiveness’는 너무 주관적이라는 의견을 강력하게 표명하였다. ‘good faith’, ‘diligently’, ‘sufficient grounds’와 같은 다른 용어들 역시 동일한 이유로 받아들여지지 않았다. John T. Holmes, *op. cit.*, p. 674; Michael A. Newton, *supra* note 4, p. 136.

369) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 674.

370) Kai Ambos, *supra* note 222, pp. 64–65.



of subterfuge) 국가가 조치를 취하는 것으로 해석한다면, 이 용어의 객관적·주관적 성격이 모두 포함될 수 있을 것이다.<sup>371)</sup>

한편, ‘진정으로’라는 용어가 수식하는 대상이 ‘to carry out’인지 아니면 ‘is unwilling or unable’인지 여부에 대한 논쟁이 있었다.<sup>372)</sup> 전자로 볼 경우, 국가가 수사나 기소를 할 의사나 능력은 있는데 그 동기가 진정성을 결여하거나 기만적이거나 순수하지 않는 상황을 일컫는 것으로 이해할 수 있다. 반면 후자로 볼 경우, 국가가 수사나 기소 자체를 할 의사나 능력이 실제 없는 경우를 의미한다고 해석할 여지

---

371) Sascha Dominik Dov Bachmann & Eda Luke Nwibo, *supra* note 4, p. 486; Ovo Catherine Imoedemhe, *supra* note 11, p. 37.

372) 전자의 입장은 Sarah M.H. Nouwen, “Fine-tuning complementarity”, in Bartram S. Brown (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law* (Edward Elgar, 2011), p. 217; Markus Benzing, *supra* note 32, p. 605. Benzing에 따르면, ‘문언상 그 용어는 수사나 기소할 능력이나 의사 보다는 수사나 기소 행위를 수식하고 어찌면 이를 객관화시키고 있다. 이는 범죄자를 종국적으로 처벌하려는 진지한 의도를 가지고 행한 국가형사절차만이 ICC의 관할권 행사를 막는다는 점을 강조한 것이며, 따라서 이는 주로 전문에서 언급된 실효적인 기소의 필요성을 강조하는 것’이라고 한다. 반면 후자의 입장은 John T. Holmes, *supra* note 45, p. 672; Michael A. Newton, “Comparative Complementarity: Domestic Jurisdiction Consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court”, 167 *Military Law Review* 20 (2001), p. 54; Frank Meyer, *supra* note 37, p. 566. 한편, 능력부재 상황을 수식한다는 견해는 Sascha Dominik Dov Bachmann & Eda Luke Nwibo, *supra* note 4, p. 484(if States are unwilling, or *genuinely unable*, to conduct any meaningful investigation or prosecution; 이탤릭체 강조); Robert Gomez, “Transitional States, The ICC, and Amnesties: Establishing an Advisory Commission”, 3 *Eyes on the ICC* 57 (2006), p. 57(unless the State is unwilling or *genuinely unable* to carry out the investigation or prosecution; 이탤릭체 강조). 그밖에 Sadat과 Carden은 ‘진정으로’라는 용어는 국가가 정말로 기소할 능력이 없거나 의사가 없는 상황뿐 아니라 국가의 동기가 진정하지 않는 상황, 즉 기만적(duplicitous)이거나 솔직하지 못한(disingenuous) 경우를 지칭할 수 있다고 주장하였다. Leila Nadya Sadat & S. Richard Carden, “The New International Criminal Court: An Uneasy Revolution”, 88 *Georgetown Law Journal* 381 (2000), p. 418.

가 있다.<sup>373)</sup>

이 문제에 대해 ICC 소추부는 전자의 입장을 취하고 있다. 소추부에 따르면, ‘genuinely’라는 용어를 사용하고 있는 로마규정 제17조 제1항 b호에서 ‘진정으로 기소하려는’(genuinely to prosecute)이라고 명기하고 있으므로 ‘genuinely’가 수식하는 것은 ‘to prosecute’임이 분명하다고 한다.<sup>374)</sup> 따라서 소추부에 의하면, 제17조 제1항 a호의 ‘genuinely’가 수식하는 구절 역시 ‘to carry out the investigation or prosecution’이라고 한다.<sup>375)</sup> 그리고 소추부는 ‘제17조의 맥락을 살펴보면 ‘genuinely’라는 용어가 ‘의사부재’(sham, feigned)뿐 아니라 ‘능력부재’와 관련하여 해석되어야 하므로 이 용어가 객관적인 측면도 기본적으로 함축하고 있다’고 강조하였다.<sup>376)</sup> 예컨대, 분쟁으로 황폐해지고 사법제도의 붕괴에 직면한 어느 한 국가가 절차를 수행할 의사를 가질 수 있지만, 진정으로 절차를 진행할 수 없는 경우도 예상할 수 있다.<sup>377)</sup> 결국 소추부에 의하면, 절차가 매우 부적절해서 그러한 절차가 ‘진정한’ 절차로 볼 수 없는지의 여부가 쟁점이라고 한다.<sup>378)</sup>

---

373) Leila Nadya Sadat & S. Richard Carden, *supra* note 372, p. 418 참조.

374) ICC-OTP, *supra* note 71, para. 21.

375) *Ibid.*

376) *Ibid.*, para. 23.

377) *Ibid.*

378) *Ibid.*

## 제2절 의사부재

특정 사건에서 관할권을 가지는 국가가 진정으로 수사 또는 기소할 의사가 없는지, 즉 ‘의사부재’ 여부를 결정하기 위해서<sup>379)</sup> ICC는 ‘국제법에 의하여 인정되는 적법절차 원칙에 비추어’ ‘보호할 목적’, ‘부당한 지연’, 그리고 ‘독립성 또는 공정성의 결여’ 등 3가지 요소들을 고려해야 한다.<sup>380)</sup> ICC는 의사부재 여부를 판단할 때 한 국가내의 다양한 기관들의 태도나 행위를 고려해야 한다.<sup>381)</sup> 또한 ICC에 의한 재판 적격성 평가는 국가의 국내적 절차에 따른 ‘결과’가 아니라 ‘절차적 및 제도적 요소들’을 근거로 이루어져야 한다.<sup>382)</sup> 이하에서는 ‘의사부재’의 세 가지 고려요소들이 ‘열거적’인지 여부를 비판적으로 검토하

---

379) 의사부재의 개념은 구유고 사태를 염두에 두고 성안된 것으로 보는 견해가 있다. 당시 구유고 법원들은 기술적으로는 사건을 심리할 능력이 있었지만, 정치적으로 기소할 의사가 없는 것으로 인식되었다고 한다. Claire Brighton, *supra* note 5, p. 640; Fredrica Gioia, “State Sovereignty, Jurisdiction, and ‘Modern’ International Law”, 19 *Leiden Journal of International Law* 1095 (2006), p. 1115.

380) 로마규정 제17조 제2항

2. 특정 사건에서의 의사부재를 결정하기 위하여, 재판소는 국제법에 의하여 인정되는 적법절차의 원칙에 비추어 적용 가능한 다음 중 어느 하나 또는 그 이상의 경우가 존재하는지 여부를 고려한다.
  - a. 제5조에 규정된 재판소 관할범죄에 대한 형사책임으로부터 해당자를 보호할 목적으로 절차가 취해졌거나, 진행 중이거나 또는 국내적 결정이 내려진 경우
  - b. 상황에 비추어, 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않게 절차의 부당한 지연이 있었던 경우
  - c. 절차가 독립적이거나 공정하게 수행되지 않았거나 수행되지 않고 있으며, 상황에 비추어 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않는 방식으로 절차가 진행되었거나 또는 진행 중인 경우

381) 의사부재는 국내적 절차의 이면에 있는 의도와 목적에 초점을 두고 있다. Claire Brighton, *supra* note 5, p. 640.

382) ICC-OTP, *supra* note 71, paras. 45–46.

고, 이들이 가지는 의미를 살펴본다. 그리고 국내적 적법절차의 결여가 의사부재에 해당할 수 있는지 여부를 둘러싼 논쟁에 대해 검토한다.

## 1. 의사부재 사유 : ‘열거적’인가

ICC가 특정 사건에서의 의사부재를 결정하기 위해 고려하는 3가지 사유들이 ‘열거사항’(a exhaustive list)인가? 이에 대해서 열거사항으로 이해하는 견해가 있고,<sup>383)</sup> 예시사항으로 보는 견해가 있다.<sup>384)</sup> 특히, John T. Holmes는 제17조의 입법경과를 볼 때, 예시사항으로 볼 수 없다는 입장을 밝히고 있다.<sup>385)</sup> 또한 Markus Benzing에 의하면, ‘의사부재’는 ‘사건에 대해 관할권을 가지는 국가가 수사나 기소를 한다면 ICC가 사건의 재판적격성이 없다고 결정한다’는 일반규칙에 대한 ‘예외’를 구성한다는 점에서, 의사부재의 사유는 열거사항이라고 한다.<sup>386)</sup>

보충성의 원칙의 취지는 사건에 대해 관할권을 가지는 국가에게 우선권을 부여하는 것이지만, 해당 국가의 국내절차가 의사부재의 3가지 사유 중 어느 하나에 해당한다면 그 국가의 관할권이 행사되지 않은 것으로 간주될 수 있다. 이러한 점을 고려할 때 의사부재의 3가지 사유는 ‘열거사항’이라고 보아야 한다.

---

383) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 675; Mohamed M. El Zeidy, *supra* note 15, p. 102; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 59; Markus Benzing, *supra* note 32, pp. 601, 606.

384) F. Razesberger, *supra* note 12, p. 42.

385) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 675

386) Markus Benzing, *supra* note 32, pp. 601, 606.

이와 관련하여 *Germain Katanga* 사건의 1심재판부는 로마규정 제 17조 제2항의 3가지 형태의 ‘의사부재’ 외에, 이 조항에서 명시적으로 언급하고 있지 않은 ‘다른 형태의 의사부재’(the different forms of unwillingness)가 있다고 보았다.

“이와 관련하여, 로마규정 제17조 제2항은 해당자를 형사책임으로부터 보호하기를 원하기 때문에, 그 자를 처벌할 아무런 의도도 가지고 있지 않은 국가의 의사부재를 적시하고 있다. 이것은 정의실현의 과정(the course of justice)을 방해하고자 하는 바람으로 유발된 의사부재이다. 그러나 개인을 보호하기를 원하지 않지만 여러 가지 이유로 그 또는 그녀에 대한 자신의 관할권을 행사하지 않고자 하는 국가의 사례 또한 존재한다. 로마규정 제17조에 명시적으로 규정되어 있지 않은 이러한 또 다른 형태의 “의사부재”는 해당자가 처벌되는 것을 보고자 하지만, 국가법원에서 처벌되는 것을 원하지 않는다. 어느 한 국가가 자국 법원에 제소된 어떠한 자를 수사하거나 기소하지 않기로 하였지만 그럼에도 처벌이 행하여지는 것을 보고자 하는 충분한 의도를 가지고 있다면, 재판부는 제17조에 규정된 의사의 결여(lacking the will)로 간주해야 한다고 생각한다.”<sup>387)</sup>

위의 1심재판부가 염두에 둔 것은 ‘국가가 해당자가 처벌되는 것을 희망하거나 의도하고 있지만, 국내법원에서 수사 또는 기소하지 않고 ICC로 사태를 회부하는 것이 적절하다고 판단하는 소위 ‘자기회부’ 상황과 관련된다. 1심재판부는 해당 국가가 자기회부를 한 진짜 동기가 무엇인지 확인할 수 있는 지위에 있지 않지만, 아마도 국가 자체가 공정하고 신속한 재판을 수행할 수 없다고 여기거나, 또는 효과적

---

387) *Katanga* Admissibility Decision, para. 77.

인 수사를 진행하거나 공정한 재판을 할 수 있는 상황이 조성되지 않았기 때문으로 보고 있다.<sup>388)</sup> 또한 1심재판부에 따르면, 이러한 형태의 의사부재 상황은 ‘불처벌의 종식’이라는 로마규정의 취지와 목적과 맥락을 같이하며, 동시에 보충성의 원칙에도 충실한 것이라고 한다.<sup>389)</sup> 다만 이러한 경우에도 해당 국가는 피의자를 적절한 시기에 ICC로 인계하고 로마규정 제9부에 따라 ICC와 최대한 협력해야 한다.<sup>390)</sup> 이후 *Germain Katanga* 사건의 상소인측은 1심재판부가 ‘의사부재’의 개념을 정확하게 해석하지 않았으며, 특히 ‘의사부재’의 사유가 ‘열거사항’이라고 주장했지만, 상소심재판부는 이에 대한 판단을 회피하였다.<sup>391)</sup>

그런데 *Germain Katanga* 사건의 1심재판부가 밝힌 견해는 근본적인 문제를 지니고 있다. 국가가 ICC 관할범죄를 범한 자를 처벌하기를 원하지만 자국 법원에서 처벌되는 것을 바라지 않는다는 의미의 ‘의사부재’와 로마규정 제17조 제1항 a호 및 b호와 제2항의 ‘의사부재’는 그 의미와 적용을 달리하기 때문이다. 즉 ‘의사부재’라는 용어가 지니는 두 가지 측면의 의미를 간과하고 있다.

좀 더 자세히 설명하면, 로마규정 제17조의 의사부재는 국가의 수사나 기소, 즉 ‘작위’를 전제로 국가가 진정으로 그러한 수사나 기소를 행할 ‘의사’와 연관된다. 다시 말해서, 여기서의 ‘의사부재’는 행위의 진정성과 관련된 의사의 부재를 의미한다. 이는 재판적격성에 대한 ‘2단계 평가’와 결부시켜 해석할 때 더욱 명확해진다. 여기서의 ‘의

---

388) *Ibid.*, para. 80.

389) *Ibid.*, para. 78.

390) *Ibid.*, para. 79.

391) *Katanga* Admissibility Judgment, para. 73.

사부재’는 1단계 평가기준을 통과한 이후 심사되는 2단계 평가기준과 관련된다.

반면, ICC 관할범죄자를 자국 법원에서 처벌하지 않겠다는 의미의 ‘의사부재’는 ‘진정으로 수사나 기소를 행할’ 그러한 ‘의사’와는 아무런 관련성이 없다. 즉 자국에서 수사나 기소를 처음부터 아니면 도중에 하지 않겠다는 ‘사실상의 의사 표명’을 의미할 뿐이다. 환언하면, ‘행위의 진정성과 관련된 의사’와 별개의 성격을 지닌다. 따라서 이러한 경우에는 제17조 제1항 a호 및 b호 후단, 그리고 같은 조 제2항과는 아무런 관련이 없다고 보아야 한다. 이러한 점에서, *Germain Katanga* 사건에서 콩고민주공화국 정부가 피의자를 ICC로 인계하기로 결정하면서 자국의 수사를 종결하기로 하였다는 것은 ‘사실적 의미’에서의 수사할 ‘의사부재’를 가리킬 뿐이다. 이 사건의 상소심재판부는 콩고민주공화국 정부의 위와 같은 의사표명에 대해 재판적격성에 대한 ‘2단계 평가’ 중 1단계 평가기준에 비추어 검토하였다. 이는 피의자를 자국법원이 아닌 ICC에서 처벌하기를 희망하는 것이 제17조 제2항의 의사부재와 아무런 연관성도 없음을 실례로 보여주는 것이다.<sup>392)</sup> 그 결과, ‘사실적 의미’에서의 수사할 ‘의사부재’는 의사부재의 3가지 유형이 ‘열거적’인지 아니면 ‘예시적’인지 여부의 문제와도

---

392) 그러나 자기회부를 제17조의 의사부재와 동일시 할 수 있다는 견해에 대해서는 Linda M. Keller, *supra* note 15, p. 224; Elizabeth Garcia, *supra* note 15, p. 69 참조. 한편, Mohamed M. El Zeidy는 국가가 처음부터 사태를 ICC에 회부하고자 하는 소위 ‘보충성원칙 적용의 포기’라는 기준이 제17조 제2항의 열거사항 어디에도 포함되어 있지 않으나, 국가가 보충성원칙 적용의 포기를 원용한다면 의사부재나 능력부재 국가와 같이 취급되어야 한다고 주장하고 있다. Mohamed M. El Zeidy, *supra* note 15, pp. 102, 104. 이는 보충성원칙 적용의 포기와 제17조 제2항의 의사부재가 상호 연관되어 있다는 전제에 입각하고 있는 것으로 보인다. 그렇지만, 양자는 상호 연관성이 없다는 점에서 위의 주장들은 문제가 있다.

아무런 관련성이 없다.

## 2. 의사부재의 3가지 사유

### 2-1. 보호할 목적

ICC는 의사부재의 결정시 ‘ICC 관할범죄에 대한 형사책임으로부터 해당자를 보호할 목적으로 국내적 절차가 취해졌거나, 진행 중이거나 또는 국내적 결정이 내려진 경우’에 해당하는지 여부를 고려해야 한다.<sup>393)</sup> 여기서 ‘절차’(proceedings), ‘국내적 결정’(national decision)이라는 용어는 제17조 제1항 a호 및 b호에 나타난 용어들을 지칭한다. 즉 ‘절차’는 ‘수사와 기소’를 의미하며, ‘국내적 결정’은 ‘국가가 기소하지 아니하기로 한 결정’을 지칭한다.<sup>394)</sup>

‘보호할 목적’(the purpose of shielding)이라는 문구는 ‘관련 절차나 결정이 특별히 해당자를 보호한다’는 것을 의미한다. 또한 여기서의 ‘목적’(purpose)은 형법상 ‘직접적 고의’(direct intent; *dolus directus*)와 유사한 것이라거나,<sup>395)</sup> 개인을 형사책임으로부터 보호하려는 국가의 특정한 의도, 목표 또는 바람을 뜻하는 주관적인 것을 의미한다.<sup>396)</sup> 즉 ‘보호할 목적’은 외견상의 행위가 아니라 국가의 기만적인 의도(a devious intent)에 비추어 판단되어야 한다. 예컨대, 단지 ICC

---

393) 로마규정 제17조 제2항 a호.

394) 이는 제20조 제3항 a호의 다른 재판소에서의 ‘절차’라는 용어가 ‘재판절차’(trial proceedings)를 가리키는 것과 구별된다.

395) ‘직접적 고의’란 범죄자가 범죄행위를 실행할 목적으로 행위하는 상황을 의미한다. Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 135, note 174.

396) Kai Ambos, *supra* note 222, p. 66.



가 개입하지 못하도록 하기 위해 국가가 관련 절차를 개시하는 것만으로는 그러한 의도에 해당한다고 볼 수 없고, 해당자를 보호하기 위한 기만적인 의도가 있어야 한다.<sup>397)</sup>

ICC 소추부의 전문가보고서는 ‘보호할 목적’에 해당하는지 여부를 판단하는 데 있어서 다양한 방식이 활용될 수 있다고 보았다. 즉 이 보고서에 따르면, (i) 내부자의 증언을 통해 보호할 목적의 직접증거를 획득할 수 있고, (ii) 해당 국가의 법률, 명령, 사면령, 지시, 서한 등의 문서로부터 보호하려는 증거를 파악할 수 있으며, (iii) 정치적 성격의 국가제도에서 보호할 목적의 입증은 전문증인을 통해 이루어질 수 있고, (iv) 절차의 지연, 공정성의 결여, 범죄에 대한 장기간의 인식에도 불구하고 조치가 없는 경우 등 많은 요소들이 ‘보호할 목적’의 지표가 될 수 있다고 한다.<sup>398)</sup> 예를 들어, 사건을 재판하는 국내법원이 보관 중인 증거를 분실했다거나, 법관이 관련 증거를 합리적인 이유 없이 무시한다거나, 하급자가 자행한 핵심범죄를 상급자가 지득하였음에도 관련 규정에 명백히 반하여 권한 있는 당국에 추가적인 수사 및 기소를 위해 사안을 회부하지 않고 단지 해당자를 교체하거나 전보하려고 한 경우, 피의자와 밀접한 자들과 정치적으로 결부되어 있는 자를 특별조사관에 임명하는 등 통상적인 형사절차를 우회하는 경우, 또는 사건을 비밀재판소로 이송하는 것 등으로부터 ‘보호할 목적’이 추론될 수 있다.<sup>399)</sup> 이외에도, 범죄의 중대성이나 피고인의 가담정도에 비추어 부과된 형이 지나치게 낮은 경우에도 ‘보호할 목적’이 의심된

---

397) Jakob Pichon, *supra* note 46, p. 195 참조.

398) ICC-OTP, *supra* note 71, Annex 4, p. 29.

399) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 136–137; John T. Holmes, *supra* note 45, p. 675; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 67.

다.<sup>400)</sup>

그러나 ‘보호할 목적’으로 절차가 진행되었거나 결정이 이루어졌을 경우, 이러한 보호가 유일하거나 최종적인 목적이어야 하는 것은 아니다.<sup>401)</sup> 평화협상과정에 참가하는 것을 조건으로 반란군 지도자에 대한 관련 절차를 중단하는 경우가 그러한 예이다. 또한 보호할 목적의 절차 수행이나 결정이 반드시 한 국가의 국제법 위반 또는 신의칙 위반으로부터 발생해야 하는 것은 아니다. 해당자가 국제법상 면제를 향유한다거나 해당자의 나이, 건강 악화 또는 정신 상태를 이유로 재판하는 것이 적절하지 않는 경우 등 인도적인 사유에 기해 해당자를 보호하기로 결정하는 상황도 예상할 수 있기 때문이다. 그러나 이러한 경우에도 ‘보호할 목적’에 해당하는지 여부를 판단해야 함에는 변함이 없다. 한편, ‘보호할 목적’이 있었는지 여부는 국가의 모든 절차적 또는 의사결정 단계를 종합적으로 고려해서 판단해야 한다. 예를 들어, 국가의 어느 한 기관이 과거 보호할 목적으로 절차를 진행했다 하더라도, 이후에 다른 하부기관에서 진행한 절차 또는 결정이 이전의 흠결을 치유할 수 있다면 ICC가 사건의 재판적격성이 있다고 결론내리기 어려울 것이다.

## 2-2. 부당한 지연

의사부재의 두 번째 사유는 사건에 대해 관할권을 가지는 국가의 국내 절차에 ‘부당한 지연’(unjustified delay)이 있는 경우이다.<sup>402)</sup> ‘부

---

400) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 136.

401) *Ibid.*, pp. 137-138; Kai Ambos, *supra* note 222, pp. 66-67.

402) 로마규정 제17조 제2항 b호.

당한 지연'에 해당하기 위해서는 (i) 절차의 '지연'이 있고, (ii) 그러한 지연이 '부당'해야 하며, (iii) 그러한 부당한 지연이 '해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않아야' 한다.<sup>403)</sup> 또한 부당한 지연이 있는지 여부는 '상황에 비추어' 판단되어야 한다.<sup>404)</sup> 이 외에, 국가가 수행한 절차가 의사부재 상황에 해당되지 않으려면, 수사, 기소, 재판, 상소, 또는 기타 여하한 성격의 절차에서 부당한 지연이 발생하지 않아야 한다.<sup>405)</sup> 또한 '부당한 지연'에 해당하는지 여부에 대한 평가는 '누적적'으로 이루어져야 한다.<sup>406)</sup>

'지연의 정당화 사유'가 있는지 여부는 해당 사건의 특정 상황에 따라 객관적으로 평가되어야 한다.<sup>407)</sup> 예를 들어, 증거의 양, 범죄 피의자의 수, 전문증거나 해외증거 획득의 필요성, 법률상 관련 쟁점의 복잡성, 이해관계자의 재판상 행위, 사법당국의 행위, 당사자의 행위, 해당 국가의 통상적인 형사절차의 기간 등 사건의 법적·사실적 복잡성이 고려되어야 한다.<sup>408)</sup> 이 외에도, 관할범죄의 특정한 구성요소, 즉 제노사이드적 행위, 인도에 반한 죄에서의 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격, 전쟁범죄에서의 무력충돌의 존재를 추가적으로 고려해야 한다는 주장이 있다. 즉 ICC 관할범죄가 계속해서 실

---

403) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 139.

404) *Ibid.*

405) *Ibid.*

406) *Ibid.*, p. 140; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 69.

407) 준비위원회 협상 당시 조문초안은 'undue delay'라는 용어를 사용했지만, 기준을 더욱 객관적으로 만들기 위해 로마회의에서 'unjustified delay'로 수정되었다. John T. Holmes, *supra* note 366, p. 54.

408) Markus Benzing, *supra* note 32, pp. 611–612; Kai Ambos, *supra* note 222, pp. 68–69; John T. Holmes, *supra* note 45, p. 676; ICC-OTP, *supra* note 71, Annex 4, p. 29.

행되고 있는 상황이라면 위와 같은 특정한 구성요소에 대한 고려를 통해 절차적 지연의 정당성 여부를 판단해야 한다는 것이다.<sup>409)</sup>

한편, ICC가 사건의 재판적격성이 있다고 결정하기 위해서는 그러한 부당한 지연이 ‘상황에 비추어, 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않게’라는 문구와 결부되어야 한다. 즉 ‘보호 목적’ 여부를 결정하는 경우와 같이 국가의사의 판단, 즉 의도(intent)가 있었는지 여부에 대한 평가가 필요하다. 그러나 ‘보호할 목적’의 판단과 달리, ‘부합성 여부’ 판단은 더욱 객관적인 심사척도가 필요하다.<sup>410)</sup> 부당한 지연이 있다면 위의 요건에 해당할 가능성이 높지만 모든 경우가 그렇지 않다. ‘상황에 비추어 처벌하려는 의도와 부합되지 않게’라는 문구도 그 자체적인 의미를 가지고 있기 때문이다.<sup>411)</sup> 예를 들어, 억압정권으로부터의 권력이양기에 ICC 관할범죄가 자행되었는데, 이에 대해

---

409) Kleffner에 따르면, 첫째, 무력충돌 상황 시 국제인도법은 다수의 ‘국제법상 여타 의무들’을 규정하고 있는데, 포로의 대우에 관한 협약 제103조 제1항(포로에 대한 사법적 심문은 상황이 허용하는 한 조속히 행하여야 하며 [...]), 전시 민간인 보호에 관한 제네바협약 제71조(점령국에 의하여 기소된 피고인은 [...] 가능한 한 신속히 재판에 회부되어야 한다)에 따른 국제인도법상의 신속한 재판을 보장할 국가의 의무는 무력충돌 기간 동안 이루어지는 형사절차에서의 부당한 지연을 판단하는 데에 있어서 중요한 요소라고 하며, 둘째, 국제법이나 국제인도법상의 여타 의무가 존재하지 않더라도, 국가가 신속한 재판을 행할 의무에서 벗어나고자 할 때에도 사태의 긴급성에 의해 엄격히 요구되는 범위를 초과해서는 안 되며, 어떠한 경우에도 인종, 피부색, 성별 등에 기해 차별적으로 이루어져서는 안 된다고 한다. 이에 대한 자세한 내용은 Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 141–143 참조.

410) Markus Benzing, *supra* note 32, pp. 608–609; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 68.

411) ‘*ut res magis valeat quam pereat*’이라는 조약의 해석 원칙. 영문으로는 ‘That the matter may have effect rather than fail’로 번역된다. Black’s Law Dictionary, 7<sup>th</sup> ed. 따라서 어떠한 조문이 의미가 없거나 효과를 갖지 않는다고 해석하는 것은 허용되지 아니한다. Robert Jennings & Arthur Watts, *Oppenheim’s International Law* (9th ed.) (Longman, 1992), p. 1280.

국가는 수사를 진행하면서도 정치적 현실이 개선된 이후에야 범죄피의자를 체포하고 기소할 의도를 갖는 경우가 있을 수 있다. 또한, 한국가 내에서 무력충돌이 발생하였는데, 해당 국가의 수사관이 ICC 관할범죄와 관련된 증거를 안보상황이 매우 불안한 지역에서 수집할 수밖에 없고, 또한 그러한 증거를 확보하는 과정에서 고도의 위험성이 수반되는 경우 부당한 지연에 해당하지 않을 가능성이 높다.

### 2-3. 독립성 또는 공정성의 결여

의사부재의 세 번째 사유는 사건에 대해 관할권을 가지는 국가가 독립성 또는 공정성을 결여한 상태에서 국내적 절차를 진행한 경우이다.<sup>412)</sup> ‘독립성’과 ‘공정성’은 인권법에서 잘 알려진 개념으로 주로 개인에게 불이익을 주는 절차적 남용으로부터 이를 보호하기 위해 발전된 개념이다. ‘독립성’과 ‘공정성’의 개념들이 의사부재의 사유로 포함된 원래 목적은 절차적 공정성과 적법절차와 관련되었기 때문이다.<sup>413)</sup> 그러나 그 반대의 경우에도 동일하게 적용될 수 있다. 즉 외부의 개입이나 재판기관의 편향성으로 인해 관련자에게 이익을 주는 경우가 그러하다.<sup>414)</sup> 인권분야에서의 두 개념의 해석이 사건에 대해 관

---

412) 로마규정 제17조 제2항 c호.

413) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 676.

414) 과거 유엔인권위원회(UN Commission on Human Rights) 특별보고관 Param Cumaraswamy는 콜롬비아 군사재판체계에 따르면 현역장교가 자신의 부하를 재판할 수 있도록 한다는 점에서 독립성과 공정성이 결여되었다고 평가한 바 있다. ‘Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, Mr. Param Cumaraswamy, on the mission to Colombia (1998) (UN Doc. E/CN.4/1998/39/Add.2), para. 140. 또한 콜롬비아에서 다음과 같은 사법적 실행도 존재한 바 있다. 즉 사법기관의 권한의 배분 문제, 인권위반을 수사하거나 보고한 자들에 대한 폭력이나 위협, 국가

할권을 가지는 국가의 국내절차에서 절차의 독립성이나 공정성의 개념을 해석하는 데 도움을 줄 수 있다. 또한 ‘독립성’과 ‘공정성’의 개념은 일반법원 이외에 군사법원이나 특별법원에서도 적용된다.

‘독립성’은 정당, 입법부, 행정부로부터 사법부의 독립을 의미한다. 즉 사법부 구성원의 임명 및 해임 절차 내지 방식, 공직의 임기, 수사 및 기소에 대한 정치적 개입의 유형, 재판의 결과가 미리 예정되었는지 여부, 사법기관이 독립적인 자세를 취하고 있는지 여부, 또는 사법부 구성원들이 위협에 노출되어 있다거나 법원의 관할권이 행정부의 결정에 따라 행사되는지 여부가 독립성 판단의 고려요소로 제시된다.<sup>415)</sup>

‘공정성’은 재판관들의 선입견 배제 또는 당사자 일방의 이익을 도모하지 않는 것을 의미한다.<sup>416)</sup> 예컨대, 편견·예단·당파성으로부터

---

기관의 책임과 연관되는 사건의 수사 진행 미흡, 그리고 고위급 군장교를 포함한 국가기관에 대한 공소제기 직전에 담당검사를 즉각 해고시키는 사례 등이 그러하다. IACtHR Annual Report on Colombia 2002, paras. 47-50(<http://www.cidh.org/annualrep/2002eng/chap.4.htm#COLOMBIA>).

415) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 146, notes 237, 239-241; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 69; ICC-OTP, *supra* note 71, Annex 4, p. 29.

416) ICC 소추부 전문가보고서는 공정성의 판단기준으로 다음을 제시하고 있다.

- 첫째, 수사, 기소 또는 재판에 연관된 범죄피의자와 국가당국 간 목적의 동일성(commonality). 이것은 공정성 결여의 정황증거를 구성할 수 있다. 이것은 다음을 포함할 수 있다.
  - 국가당국이나 집권당의 정치적 목적
  - 목적과 범죄의 일치 또는 불일치(정치적 이득, 영토적 목표, 집단의 연속)
- 둘째, 당국과 범죄피의자 간 친밀성 정도(이것은 수사, 기소 또는 재판기관이 다른 기관으로부터 독립되지 않은 상황 하에서만 적용된다)
  - 공식성명(비난 또는 우호적 조치)
  - 보상 또는 제재, 승진 또는 좌천
  - 재정적 지원
  - 법집행 인력의 배치 또는 철수, 수사 금지 또는 지지
- 셋째, 범죄자와 재판관 사이의 연루

의 자유 내지 객관성을 내포하며 애착이나 불의의 부존재, 재판관으로서 공정성을 확보하기 위한 노력, 그리고 정의를 위해 공포나 호의 없이 재판을 하는 것이 그러한 경우이다.<sup>417)</sup>

한편, ICC가 의사부재로 결정하기 위해서는 (i) 사건에 대해 관할권을 가지는 국가의 국내절차가 독립성이나 공정성을 결하고 있어야 한다. 그리고 (ii) ‘상황에 비추어 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않는 방식으로 국내절차가 진행되었거나 또는 진행 중’이어야 한다. 즉 누적적 평가가 이루어져야 한다. 독립성과 공정성의 결여가 곧 ‘상황에 비추어 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않는 방식으로 국내절차가 진행되었거나 또는 진행 중’이라는 요건을 충족시키는 경우가 많겠지만, 모든 경우에 꼭 그렇다고 볼 수는 없다.<sup>418)</sup> 예를 들어, 사법부 구성원의 임명이나 임기와 같이 독립성이나 공정성에서 추상적인 흠결이 있더라도 이것이 곧 자동적으로 ‘해당자를 처벌하려는 처벌 의도와 부합되지 않는다’고 할 수 없다. 이 문제는 결국 사안별(case-by-case)로 해결되어야 한다.

### 3. 국내적 적법절차의 결여와 의사부재의 관계

‘의사부재’와 관련하여 학자들과 전문가들 뿐 아니라 ICC 사건에서

---

넷째, 해고 또는 성실히 직분을 행한 수사관들에 대한 보복 등. ICC-OTP, *supra* note 71, Annex 4, pp. 29-30.

417) ‘Final Report on the Independence and Impartiality of the Judiciary, Jurors and Assessors, and the Independence of Lawyers by Mr. Singhvi, submitted to the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities’(1985), UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/18 and Add. 1-6, para. 79.

418) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 613.

가장 논쟁이 되었던 사항 중 하나는 사건에 대해 관할권을 가지는 국가가 국내적으로 적법절차에 대한 권리를 침해했을 경우 이것이 곧 ‘의사부재’에 해당하느냐의 여부였다. 리비아의 *Abdullah Al-Senussi* 사건은 이와 관련한 대표적인 사례로 이하에서는 이 사건의 상소심 재판부의 입장을 살펴본 후, 학자들의 다양한 견해를 중심으로 이를 검토한다.

### 3-1. ICC 재판부의 입장

*Abdullah Al-Senussi* 사건에서 상소심재판부는 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 없는 경우의 문제를 다루었다. 상소심재판부는 피의자가 변호인의 조력을 받을 수 없는 경우 절차적 공정성의 결여로 인한 의사부재에 해당할 여지가 있다고 보았다.<sup>419)</sup> 그러나 상소심재판부는 Al-Senussi가 수사단계에서 변호인의 조력을 받지 못하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해받았고, 또한 이것이 리비아 법령을 위반하는 것이라고 하더라도, 리비아 당국이 수사단계에서 Gaddafi의 법적 조력권을 경시하려 하지 않았다면 그러한 위반으로 인해 리비아가 Al-Senussi를 진정으로 수사하거나 기소할 의사가 없다고 볼 수 없다는 입장을 취했다.<sup>420)</sup> 특히 현 사건과 같이 주로 국가안보상황의 불안으로 인해 변호인을 선임하지 못하는 경우에는 의사부재에 해당한다고 볼 수 없다는 것이다.<sup>421)</sup>

또한 상소심재판부는 변호인 선임의 결여가 의사부재뿐 아니라 능

---

419) *Al-Senussi* Admissibility Judgment, para. 190.

420) *Ibid.*, para. 191.

421) *Ibid.*, para. 192.



력부재의 문제와 연관될 수 있다고 보았다. 그렇지만 설령 국내절차의 초기 단계에서 변호인의 부재로 인해 리비아 국내법원이 Al-Senussi에 대한 절차를 종결하기로 결정하였더라도 이것으로 인해 리비아가 진정으로 그를 기소할 능력이 없다고 볼 것은 아니라고 하였다. 상소심재판부는 그 이유에 대해 다음과 같이 설명하고 있다.

“불처벌을 종식시키는 것이 로마규정과 보충성원칙의 진정한 목적 중 하나이지만, 가장 중대한 범죄에 대한 재판이 유죄판결로 종결되는 경우에만 이러한 목적이 달성되는 것은 아니기 때문이다. 진정, 재판이 무죄판결로 종결될 수 있고, 또는 공정한 재판이 더 이상 가능하지 않기 때문에 종결될 수 있다는 점이 형사사법의 개념에 고유한 것이다. 이러한 상황이 발생한다면, 해당 관할권이 피의자를 진정으로 재판할 수 없다고 볼 수 없다. 그와 반대로, 사건의 구체적인 정황에 따라, 진정한 기소가 이루어졌을 수 있다.”<sup>422)</sup>

한편 리비아의 불안한 안보상황으로 인해 Al-Senussi의 변호인이 선임되지 못했지만 향후 변호인이 선임될 가능성이 있다는 전심재판부의 결론에 대해 상소심재판부는 이러한 결론에 예견적 요소가 포함되어 있지만 비합리적인 것은 아니라고 보았다.<sup>423)</sup> 그렇지만, 상소심

---

422) *Ibid.*, para. 200.

423) *Ibid.*, para. 202. 전심재판부의 결론은 주로 리비아의 의견에 근거하고 있다. 즉 리비아는 Al-Senussi가 중앙정부의 통제를 받고 있는 구금센터에 있고, 몇몇 변호사들이 그를 대리할 의사를 표명했기 때문에 변호인이 곧 선임될 수 있다는 의견을 표명하였다. *Al-Senussi* Admissibility Decision, para. 308. 한편, Samuel C. Birnbaum은 리비아의 사건들에서 전심재판부가 취한 접근방식의 특성을 ‘예견적 적법절차’로 칭하고 있다. 그에 의하면, 전심재판부가 ‘국가가 피고인의 수사나 기소를 적절하게 수행할 가능성이 있는지 여부 및 피고인에게 적법절차 권리를 제공할 것인지 여부’에 대한 예견적 분석을 행할 의사를 밝혔다는 점이 리비아 사건들의 주요한 특성 중 하나라고 한다. Samuel C. Birnbaum, *supra* note 5, pp. 321-333. 그러나 재판부의 이러한 예견적 분석이 추론적(speculative)이었다는 비판도 있다.

재판부는 추후에 변호인 선임의 문제가 해결되지 않는다면 로마규정 제19조 제10항에 따라 소추관이 사건의 재판적격성이 없다는 결정에 대해 재검토할 것을 ICC에 요청할 수 있다는 점 역시 상기시키고 있다.<sup>424)</sup>

또 다른 중요한 쟁점으로, 국가 당국이 피의자의 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 침해한 경우 이것이 곧 ‘의사부재’에 해당하는지 여부였다. 상소심재판부는 이와 관련하여 자세히 다루었는데, 그 주요 골자는 다음과 같다.

첫째, 제17조는 사건에 대하여 관할권을 가지는 국가의 행위를 고려하여 사건의 재판적격성을 부정하는 상황을 판단하기 위해 고안된 것이다. 따라서 재판적격성 문제에 대해 결정을 할 때, ICC는 자신이 ‘국가형사관할권을 보충한다’는 사실과 ICC나 관할권을 가지는 국가 중 어느 곳이 사건에 대한 관할권을 행사하기에 적합한지 여부를 고려해야 한다.<sup>425)</sup>

둘째, ‘의사부재’는 ‘사건의 재판적격성이 없다’는 ICC의 결정에 대한 예외상황을 구성하는데, 그 목적은 보충성원칙이 오용되지 않도록 하는 데 있다.<sup>426)</sup>

---

Michele Tedeschi, “Complementarity in Practice: the ICC’s Inconsistent Approach in the Gaddafi and Al-Senussi Admissibility Decisions”, 7 *Amsterdam Law Forum* 76 (2015), pp. 93–94; Marta Bo, *supra* note 246, pp. 538–539. 이러한 예견적 분석은 ‘사건의 재판적격성은 이의제기 당시에 존재하는 사실관계에 비추어 고려되어야 한다’ (*Katanga* Admissibility Judgment, paras. 56, 80)는 기존 판례의 입장과 부합하지 않을 여지가 있다.

424) *Al-Senussi* Admissibility Judgment, para. 149.

425) *Ibid.*, para. 215.

426) *Ibid.*, para. 217.

셋째, ‘의사부재’는 국가가 진정으로 수사 또는 기소할 의사가 없음으로 인해 피의자를 처벌하지 않는 방식으로 절차가 수행되는 상황과 주로 관련되어 있다. 이를 가장 구체적으로 잘 표현 한 것이 제17조 제2항 a호이다. 그런데 같은 항 b호 및 c호가 해당자를 ‘보호’한다는 것을 명시적으로 언급하고 있지 않다고 하여 b호 및 c호가 ‘의사부재’를 정의하는 하나의 조항의 각 호에 해당한다는 사실에 영향을 미치지 않는다. 따라서 위의 b호 및 c호가 제2항에 포함된 주된 이유 역시 피의자의 ‘공정한 재판을 받을 권리’를 보장하기 위함이 아니다.<sup>427)</sup>

넷째, ICC는 국제인권법원으로 설립된 것이 아니다. 만약 ICC가 그러한 목적으로 설립되었다면, 국가의 국내절차에 의해 피의자의 ‘적법절차에 따른 권리’가 최대한 존중되지 않았다는 이유만으로 ICC에 의해 사건의 재판적격성이 인정될 수 있을 것이다.<sup>428)</sup> 따라서 국가가 피의자의 권리를 침해했다는 것만으로 ‘의사부재’ 상황에 해당한다고 볼 수는 없다.<sup>429)</sup>

그러나 상소심재판부는 제17조 제2항 c호의 맥락에서 재판적격성이

---

427) *Ibid.*, para. 218.

428) *Ibid.*, para. 219.

429) 상소심재판부는 계속해서 다음과 같이 설명하고 있다.

“적법절차의 개념이 ICC의 의사부재에 대한 고려와 무관하다는 것이 아니다. 제17조 제2항의 3가지 사유에 대해 “국제법에 의해 인정되는 적법절차 원칙”을 고려해야 함은 분명하다. 그리고 절차가 “독립적이거나 공정하게 수행”되었는지 또는 수행되고 있는지 여부는 제17조 제2항 c호의 고려사항 중 하나임에 유의해야 한다. 독립성과 공정성은 인권법 분야에 친숙한 개념이다. (중략) 그러한 이유로, 인권기준들은 제17조 제2항 c호, 즉 절차가 “독립적이거나 공정하게” 수행되고 있는지 또는 수행되었는지 여부를 ICC가 평가할 때 도움을 줄 수 있다.” *Ibid.*, para. 220.

없다는 판단에 동조할 수 없는 불공정한 절차의 영역에 대해서도 고려하였다. 그 판단 근거는 다음과 같다.

“가장 극단적으로, 상소심재판부는 사실상 형집행을 하기 위해 미리 결정된 사전절차(prelude)에 불과하여 정의에 대한 가장 기본적인 이해에도 반하는 절차를 사건의 재판적격성을 부정하는 근거로 간주하지 않을 것이다. 여타 덜 극단적인 경우들은 피의자의 권리에 대한 침해가 매우 심각하여 그 자가 어떠한 진정한 형태의 재판을 받을 것이라는 점을 국제공동체가 인정하지 않을 것임이 분명한 경우에 발생할 수 있다. 그러한 상황에서는 국가가 진정으로 수사하거나 기소하고 있지 않다고 다룰 여지가 있다.”<sup>430)</sup>

### 3-2. 견해의 대립

과거부터 적법절차 위반이 의사부재에 해당하는지 여부에 대한 논쟁이 있었고, 또한 *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부의 입장에 대해서도 다양한 견해가 존재한다. 이하에서는 주요 견해를 살펴보기로 한다.

Jennifer Trahan은 적법절차 위반과 의사부재의 문제에 관한 그간의 논쟁을 ‘due process thesis’(적법절차 위반이 피고인에게 불리한 영향을 미친다는 논제)와 연관지어 4가지 유형으로 나누어 설명하고 있다.<sup>431)</sup>

첫째, ‘due process thesis 부인론’에 의하면 제17조는 불처벌을 야기하는 기소할 ‘의사부재’나 ‘능력부재’를 보여주는 국가절차에 대해서

---

430) *Ibid.*, para. 230.

431) Jennifer Trahan, *supra* note 13, pp. 812-814 & note 42-45.

만 적용된다고 한다. 이 이론은 ICC가 인권법원이 아니라는 점을 그 근거로 제시하고 있다.

둘째, ‘매우 약한 형태의 due process thesis 채택론’에 의하면 국내적 적법절차가 지니는 일정한 역할이나 기능이 있을 것이라고 한다. 예컨대, 국내재판이 ‘보여주기식 재판’(show trial)에 해당하여 어떠한 공정성(no justice)도 없는 경우 보충성 요건을 충족시키지 못할 수 있다.

셋째, ‘modified due process thesis’에 따르면 실제로 관할권을 가지는 국가의 국내절차에서 충족되어야 하는 ‘핵심적인’ 적법절차의 권리가 존재한다고 한다. 이에 의하면, 최소한의 공정한 재판을 받을 기본적인 권리에 대한 침해는 보충성 평가에 반영될 필요가 있다고 한다.

넷째, ‘hard mirror thesis 채택론’으로 이 이론은 보충성을 충족시키기 위해서는 국제적으로 인정되는 공정한 재판을 받을 권리의 모든 것이 국내재판에서 존중되어야 한다는 입장을 취하고 있다.

이를 바탕으로 Jennifer Trahan은 *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부가 ‘매우 약한 형태의 적법절차 논제’, 즉 적법절차가 관련되지만, 국내절차가 ‘공정성을 완전히 결여’(completely lacking in fairness)하여 ‘진정한 형태의 재판’(any genuine form of justice)을 행하지 못한 경우에만 ICC가 개입한다는 입장을 채택한 것이라고 주장한다. 이러한 입장은 ICC 소추부의 Informal Expert Paper에서 제시된 입장, 즉 ‘모든 인권기준을 충분히 준수하지 못하였다는 이유로 ICC가 개입할 수는 없고, 국가의 국내절차가 매우 부적절해서 진정한 절차로 고려될 수 없는 경우에 한하여 ICC가 개입할 수 있다’는 것과 유사하다.<sup>432)</sup>

이에 대해 Jennifer Trahan은 ‘위와 같은 상소심재판부의 입장이 문언상 가능한 해석이며 균형 잡힌 접근방식을 취하고 있다’고 보았다. 그러나 그에 따르면, ICC가 ‘국제적으로 승인된 인권’과 부합되게 행동할 것을 요구하는 로마규정 제21조 제3항에 비추어 볼 때, 상소심재판부가 *Abdullah Al-Senussi* 사건을 정확하게 평가(the correct balance)하지 못했다고 한다. 그는 *Abdullah Al-Senussi* 사건에서 최소한 ‘modified due process thesis’가 적용될 필요가 있었다고 주장한다. Jennifer Trahan은 그 근거로 (i) 리비아는 사형제를 유지하고 있고, (ii) 리비아 국적의 피의자는 구정권의 저명인사였으며, (iii) 리비아 법원이 적법절차가 결여된 보복적 재판(vengeful justice)을 할 것이라고 쉽게 예측할 수 있다는 점을 제시하고 있다.<sup>432)</sup>

Payam Akhavan은 ‘*Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부가 적용한 기준은 리비아의 절차가 이상적인 공정한 재판에 해당하는지 여부가 아니라 적법절차 위반의 주장이 ‘法廷(forum)의 선택에 영향을 미칠 만큼 충분히 심각한 것이었는지 여부였다’고 주장하였다.<sup>434)</sup> 그러면서 그는 어느 정도의 적법절차 위반이 제17조 제3항의 ‘능력부재’에 해당할 것인지에 대해 추상적으로 판단하기 어렵다고 보았다.<sup>435)</sup> 그렇지만 그에 의하면, 모든 절차적 위반이 피의자의 유죄 또는 무죄판결에 대해 영향을 미치지 않는더라도, 잘못된 유죄판결을 내릴 가능성을 농후하게 하는 ‘공정한 재판에 대한 중대하고 명백한

---

432) ICC-OTP, *supra* note 71, para. 23; Jennifer Trahan, *supra* note 13, p. 816, note 57.

433) Jennifer Trahan, *supra* note 13, p. 816.

434) Payam Akhavan, *supra* note 13, p. 1055.

435) Payam Akhavan은 적법절차 위반을 의사부재가 아닌 능력부재와 연관되는 것으로 보고 있다. *Ibid.*, p. 1058.

침해'가 합리적인 시간 내에 역량강화, 재판 감시, 또는 기타 구제조치와 함께 효과적으로 해결될 수 없다면, 관련 국가사법제도는 공정하지 않은 것으로 선언될 수 있다고 한다.<sup>436)</sup>

한편, Frédéric Mégret과 Marika Giles Samso는 'due process thesis 부인론'과 유사한 취지의 주장을 하고 있다. 이들은 로마규정 제21조 제3항에 비추어 국가의 국내적 적법절차 위반을 ICC에서의 사건의 재판적격성 인정의 근거로 제시하는 것에 반대한다.<sup>437)</sup> 즉 이들에 따르면, 인권을 침해하지 말라는 금지명령(injunction)은 ICC 운영 자체에 적용되는 것일 뿐이므로 ICC가 이 조항을 재판적격성의 인정근거로 활용해서는 안 된다고 한다.<sup>438)</sup> 또한 이들은 피의자의 소재국이 피의자의 권리를 침해할 것이라는 이유로 ICC가 재판적격성을 주장할 도덕적 또는 법적 의무를 갖는 것은 아니라고 하였다.<sup>439)</sup>

좀 더 구체적으로 설명하면, Frédéric Mégret과 Marika Giles Samso는 (i) ICC가 국내에서의 적법절차 위반에 대한 해독제를 제공하기 위해서 설립되거나 기획되지 않았다는 점, (ii) 국가가 적법절차를 위반했다고 하여 국가의 관할권 행사를 박탈하는 방식으로 그러한 위반을 치유하고자 한다면, 이는 '과리를 죽이기 위해 해머를 사용하는 것과 같을 것이라는 점, (iii) ICC가 적법절차 위반을 이유로 사건에 대한 관할권을 행사하지 않더라도 피의자들이 국내·외적 인권구

---

436) *Ibid.*, p. 1059.

437) 로마규정 제21조 제3항 : “이 조에 따른 법의 적용과 해석은 국제적으로 승인된 인권과 부합되어야 하며, [...]”

438) Frédéric Mégret & Marika Giles Samson, *supra* note 13, p. 575.

439) *Ibid.* 한편, 이들은 적법절차 옹호론자들이 적법절차의 어떠한 위반이 재판적격성을 정당화시키는지 여부, 그러한 위반들이 언제 평가되어야 하는지 여부, 그리고 누가 그러한 위반을 평가해야 하는지 여부에 대한 보다 근본적인 문제에 대해서 논의하지 않는 경향을 꼬집고 있다. *Ibid.*, p. 576.

제를 요구할 수 있다는 점, (iv) 리비아 사건들에서 적법절차에 근거하여 ICC가 관할권 행사를 주장한다면 이는 리비아의 주권을 침해하는 것일 뿐 아니라 ICC가 아프리카 인권위원회와 인권법원의 관할권에도 개입하게 된다는 점, (v) ‘hard mirror thesis 채택론’에 입각할 경우 전 세계의 가장 자유로운 법체제를 가진 국가들조차도 적법절차 논쟁에 휘말릴 수 있다는 점, (vi) ICC의 주요 목적이 불처벌에 대처하는 것이라는 점에서 볼 때, 국가의 적법절차 위반을 이유로 ICC가 개입하는 것이 희소한 자원을 잘 사용하는 것인지 상당히 의문스럽다는 점, (vii) 국내재판 내에서 재판상 흠결 등 절차적 오류가 시정될 여지가 있다는 점 등을 그 이유로 제시하고 있다.<sup>440)</sup>

Anna Bishop은 로마규정 제17조 제2항의 ‘적법절차의 원칙’이 무엇인지 명확히 정의되어 있지 않지만, 이 구절은 국가가 특정 사건을 수사하거나 기소할 ‘의사가 있다’는 것을 보여주기 위해 충족해야 하는 최소한의 행위기준을 설정하고 있는 것으로 해석되어 왔다고 주장하였다.<sup>441)</sup>

Anna Bishop은 ‘Due Process Theory’ 옹호론자들의 주장을 다음과 같이 반박하고 있다. ‘Due Process Theory’ 옹호론자들에 의하면, 적법절차 위반으로 인해 개인이 유죄판결을 받을 가능성이 더 용이해진다면 절차가 독립적이거나 공정하게 수행되지 않은 것이라고 한다. 그렇지만 Anna Bishop은 제17조 제2항 c호에 따르면 ‘상황에 비추어 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않은 방식으로 절차가 진행되었거나 또는 진행 중인 경우’라는 요건도 함께 충족되어야 하기 때문

---

440) *Ibid.*, pp. 578–580.

441) Anna Bishop, *supra* note 13, p. 411.



에 ‘Due Process Theory’ 옹호론자들의 주장은 타당하지 않다고 주장하였다. 즉 적법절차 위반으로 피의자나 피고인을 처벌하기가 더 곤란해지는 경우에 제17조 제2항 c호의 요건이 충족될 수 있다는 것이다.<sup>442)</sup> 따라서 그에 의하면, ‘Due Process Theory’가 어떠한 근거에 바탕하고 있든지 간에 ‘보충성원칙은 독립적이고 공정한 재판을 받을 권리의 위반으로 피의자에게 유리한 상황을 만드는 경우만을 다루고 있다’고 한다.<sup>443)</sup>

결국, Anna Bishop은 다음과 같은 이유를 들어 ‘국내적 적법절차의 흠결’만을 근거로 ICC가 사건의 재판적격성이 있다고 결정해서는 안 된다고 주장하였다. 즉 그에 따르면, (i) 로마규정의 기초자들은 ICC로 하여금 국가사법제도의 적법절차 위반을 감시하게 할 의도를 갖지 않았으며, (ii) 로마회의 대표들은 국내적 적법절차 위반을 ICC에서의 사건의 재판적격성 인정의 사유로 보지 않았고, 제17조 제2항의 목적은 범죄자를 보호할 목적의 ‘허위재판’의 가능성을 배제하기 위한 것이었다고 한다.<sup>444)</sup> 이는 *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부의 입

---

442) 이러한 예로 Anna Bishop은 리비아 당국이 Gaddafi를 수사하고 기소하였음에도 헌법상 또는 법률상 적법절차에 관한 그의 권리(예컨대, 변호인의 조력을 받을 권리)를 무시하였고, 이로 인해 리비아 법원이 절차상 무효를 근거로 사건을 기각하게 된다면 이는 결국 ‘해당자를 처벌할 의도와 부합하지 않게’ 될 것이며, 중국에는 로마규정 제17조 제2항의 ‘의사부재’에 해당할 가능성이 있다고 주장한다. *Ibid.*, pp. 416-418. 그러나 리비아 당국이 Gaddafi를 처벌하지 않을 ‘의도’를 가졌다고 보다는 더욱 적극적으로 처벌하고자 한 점에서 볼 때, 위 주장은 설득력이 없어 보인다. 즉 결과적으로는 위와 같은 상황에서 리비아가 Gaddafi를 처벌하지 못하게 될 지라도, 그렇다고 리비아가 Gaddafi를 처벌하지 않으려는 의도를 가진 것이라고 할 수 없기 때문이다. Nidal Nabil Jurdi에 따르면, 이는 ‘결과’에 대한 심사가 아니라 ‘의사나 의지’에 대한 객관적인 심사이다. Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 6, pp. 208-209.

443) Anna Bishop, *supra* note 13, pp. 411-413.

444) *Ibid.*, pp. 414-415.

장과 별반 다르지 않는 것으로 보인다.

Nidal Nabil Jurdi는 로마규정의 문언, 취지와 목적 등에 비추어 적법절차와 보충성원칙의 관계를 설명하고 있다. 그 주요 내용을 요약하면 다음과 같다. (i) 제17조 제2항에 따르면, 적법절차의 위반 여부만이 재판적격성 판단의 ‘결정적인 요소’는 아니다. 로마규정 논의과정에서 ICC의 역할은 국가 당국이 범죄자를 책임으로부터 보호하려는 ‘허위’ 절차를 진행하고 있는지 또는 진행했는지 여부로 제한되었다. 따라서 적법절차 위반 여부의 문제는 ‘해당자를 처벌할 의도’ 여부와 결부지어 해석되어야 한다. (ii) ICC는 인권법원이 아니며, ICC의 기능 역시 국가의 인권 위반을 탐지하려는 것이 아니다. 로마규정은 ICC에서의 재판부적격 사유로 공정한 재판의 보장을 포함시키고 있지 않다. 적법절차 기준은 해당 국가가 관련 범죄를 수사하고 기소할 선의 또는 악의의 의사를 가지고 있는지 여부를 결정하기 위해 원용되어야 한다. 사법부의 공정성과 독립성에 부정적인 영향을 미치는 요소가 존재하더라도 국가가 진정으로 수사하고 기소할 의사를 가지고 있다면 제17조 제2항 c호는 재판적격성의 사유로 원용될 수 없다.<sup>445)</sup> 이러한 입장 역시 *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부의 입장과 별반 다르지 않다.

한편 *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부는 ‘적법절차 위반이 진정한 형태의 사법절차에 영향을 미치는 경우에 재판적격성 심사와 관련될 수 있다’는 취지의 견해를 밝혔다. Nidal Nabil Jurdi에 따르면, 위의 상소심재판부의 견해는 보충성 심사에서 적법절차 위반이 미치는 영향에 대한 논쟁을 종식시킬 수 있을 만큼의 중대한 의미를

---

445) Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 6, pp. 204–209.

지니고 있다고 한다. 그렇지만 그는 위의 상소심재판부가 ‘어느 정도의 적법절차의 위반이 진정한 형태의 처벌을 방해할 만큼 심각한 경우에 해당하는지에 대한 구체적인 기준을 제시하지 않았다’고 비판하였다.<sup>446)</sup> Nidal Nabil Jurdi은 이러한 비판의 이유로 ‘심각한 적법절차의 위반이라는 기준은 상대적이므로 상소심재판부의 입장은 사실상 ICC의 재판관들에게 광범위한 재량권을 부여한 것과 다름없으며, 그로 인해 이들 재판관들이 일관되지 않은 해석을 할 위험이 있다’는 점을 들고 있다.<sup>447)</sup>

### 3-3. 평 가

앞서 살펴보았듯이, 적법절차 논쟁에 대한 학자들과 전문가들의 입장은 다양하게 존재한다. 또한 *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부의 입장은 적법절차 위반과 의사부재의 관계에 대한 나름의 해석론을 제시하였다는 점에서 의미가 있다. 위의 상소심재판부가 제시한 입장은 보충성원칙의 이념, 의사부재를 규정하고 있는 조문 구조 및 그에 대한 문리적 해석, ICC의 성격(‘인권법원이 아니다’) 등에 근거하고 있으며, 앞서 살펴본 학자나 전문가들의 주장도 상당 부분 위의 상소심재판부의 입장과 맥락을 같이 하고 있다. 또한 위의 상소심재판부가 제시한 입장은 어떠한 경우에 국가의 관할권이 불행사로 간주될 수 있는지를 보여주고 있다는 점에서도 긍정적인 측면이 있다.

다만, 위의 일부 학자들이 제시한 ‘심각한’ 적법절차 위반에 관한 구체적인 기준을 *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판부가 별도

---

446) *Ibid.*, p. 212.

447) *Ibid.*, pp. 212-213.

로 제시하지 않은 점은 다소 아쉽다. 이에 대해 Mark Ellis는 ‘심각한’ 적법절차 위반 여부에 대한 판단 시 참조할 수 있는 기준으로 ‘적법절차의 심각한 위반 또는 노골적인 거부’를 제시하고 있다.<sup>448)</sup> 즉 (i) 본안에 대한 새로운 판결을 확보할 가능성이 없는 궤석상태에서의 유죄판결, (ii) 성격상 약식의 형태를 띠며 피고인의 권리에 대한 전반적인 무시상태에서 진행되는 재판, (iii) 구금의 합법성에 대한 재검토를 행할 독립적이고 공정한 재판소에의 접근권이 없는 상태에서의 구금, 변호인에 대한 접근권의 의도적이고 조직적인 거부(특히 타국에서 구금 중인 개인의 경우), 그리고 (iv) 제3자의 고문에 의해 확보된 증거를 근거로 유죄판결이 선고된 경우 등이 그러한 예에 해당한다. 다만 그에 따르면, 피고인이 사형선고를 받을 위협에 처하는 경우 적법절차 권리 위반이 반드시 심각하거나 노골적일 필요는 없다고 한다.<sup>449)</sup>

---

448) ‘적법절차의 심각한 위반 또는 노골적인 거부’라는 기준은 유럽인권재판소의 판례에 의해 정립된 것이다.

449) Mark Ellis, “Beyond a Flawed Trial: ICC Failures to Ensure International Standards of Fairness in the Trials of Former Libyan Regime Members”, 33 *American University of International Law Review* 75 (2017), pp. 121–122, 126.

## 제3절 능력부재

### 1. 능력부재 개념의 의미와 내용

능력부재는 의사부재에 비해 더 객관적이며 사실 중심의 개념을 내포하고 있다.<sup>450)</sup> 의사부재와 달리, ICC가 능력부재 여부를 판단할 때 관할권을 가지는 국가가 숨은 동기를 갖고 있는지 추론할 필요가 없다.<sup>451)</sup> 이러한 이유로 ‘의사부재’의 개념에 비해 능력부재의 개념에 대한 합의가 상대적으로 용이하였다.<sup>452)</sup> 능력부재의 개념은 국가의 소속 기관의 붕괴로 인해 중앙정부가 부재한 소위 ‘실패한 국가’의 상황, 내전이나 자연재해로 인해 혼란을 겪고 있는 상황, 또는 공공의 무질서를 야기하는 여하한 다른 사건을 포함하거나 다루기 위해 로마규정에 삽입되었다.<sup>453)</sup> 실제 로마규정 협상과정에서 제노사이드 이후의 르완다의 상황이 능력부재의 사례로 많이 인용되었다.<sup>454)</sup>

---

450) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 677; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 80; Lijun Yang, *supra* note 39, p. 123.

451) ICC-OTP, *supra* note 71, para. 48.

452) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 152-153.

453) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 613; Claire Brighton, *supra* note 5, p. 640.

454) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 677. 르완다 내전에서 투치족 계열의 르완다애국전선이 정권을 잡은 후 처음에는 책임자 처벌을 하겠다며 국제재판소 설치에 반대했지만, 내전과정에서 르완다 사법제도가 완전히 붕괴되어 책임자 처벌을 진행시킬 능력이 없었다. 결국 르완다 신정부도 국제재판소 설치에 동의하지 않을 수 없었다. 정인섭, “국제형사재판제도의 발전”, 국제인권법 제5호 (2002년), pp. 17-18. 르완다에서 끔찍한 제노사이드 이후 대량학살로부터 살아남은 법관들이 거의 없을 정도로 르완다사법제도는 극도로 약화되는 등 능력부재 상태에 빠졌다. 즉 신속하고 공정한 재판을 기대할 수 있는 상황이 아니었다. Sascha Dominik Dov Bachmann & Eda Luke Nwibo, *supra* note 4, p. 487. 또한 Claire Brighton, *supra* note 5, p. 640;

ICC는 ‘능력부재’ 여부를 판단할 때 ‘국가의 사법제도의 전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능으로 인하여 국가가 피의자나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없거나 달리 절차를 진행할 수 없는지 여부’를 ‘누적적’으로 검토해야 한다.<sup>455)</sup>

여기서 ‘붕괴’는 ‘국가의 사법제도의 붕괴’를 가리킨다. 이러한 붕괴는 동시에 어떠한 사법기능이나 법집행 기능을 수행하지 않는 다른 국가기관의 해체와 함께 나타나기도 한다. 그렇지만, 한 국가의 ‘사법제도’의 개념은 폭넓게 해석되어야 하며, 엄격한 의미의 사법부로 제한되어서는 안 된다. 즉 여기서의 ‘사법제도’는 피의자나 증거 등을 확보하거나 달리 어떠한 방식으로든 절차를 수행하는 것과 관련한 경찰 및 검찰을 포함한 모든 국가기관을 의미한다.<sup>456)</sup> 또한 국가의 사법제도의 붕괴는 ‘전반적 또는 실질적’인 것이어야 한다. ‘전반적’이라는 용어는 국가사법제도가 완전히 해체되었을 경우를 의미한다. 예컨대, 사법행정이 완전히 파괴된 영역에 대한 국가 당국의 통제권 상실 이 그러하다.<sup>457)</sup>

그러나 로마규정 제17조의 보충성 기준이 적용되기 위해서는 초기의 수사적 조치들이 요구되는데, 국가사법제도가 전반적으로 붕괴되었다면 어떻게 이러한 조치들이 취해질 수 있었는지의 난제가 발생한다. 만약 국가사법제도의 전반적 붕괴로 인해 아무런 수사적 조치가 이루어지지 않았다면, ICC는 별다른 평가를 하지 않고도 사건의

---

Danielle E. Goldstone, *supra* note 17, p. 784; Jennifer Trahan, *supra* note 13, p. 811 참조.

455) Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 13, p. 83.

456) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 154.

457) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 614; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 80.

재판적격성이 있다고 결정할 수 있다. 그렇지만 전반적 붕괴에 앞서 국가가 초기의 수사적 조치를 이미 취했다면, 능력부재 상황에 해당 하는지 여부를 검토할 필요가 있다. 다시 말해서, 능력부재 개념의 한 요소인 ‘전반적인 붕괴 상황’은 적어도 최초 수사조치 이후에 발생한 경우로 제한되어야 한다.

그러나 ‘실질적’ 붕괴의 경우는 상황이 다르다. 로마규정 준비위원회 규정초안에 포함되었던 ‘부분적’(partial)이라는 용어는 로마회의시 ‘실질적’(substantial)이라는 용어로 바뀌었다. 이는 어느 한 국가에서 무력충돌이 존재하고 사법제도가 부분적으로 영향을 받게 되었다는 것만으로 ICC가 관할권을 행사하는 상황을 배제하기 위한 것이었다.<sup>458)</sup> 다시 말하면, 로마회의시 ‘실질적’이라는 용어로 변경된 이유는 재판적격성 결정기준을 엄격히 하여 실제로 관할권을 가지는 국가의 우선권을 강화시키기 위해서였다.<sup>459)</sup> 이러한 예로 국가 당국의 기능이 완전히 붕괴되지는 않았지만 인적·물적 자원의 이동으로 부분적인 붕괴를 보완할 수 없다거나 재판이 가능한 다른 법원으로 사건을 이송하지 못하는 등 사건 수사과 책임자의 기소를 일반적으로 행할 수 없는 경우를 들 수 있다.<sup>460)</sup>

국가사법제도의 전반적 또는 실질적 붕괴와 이용불능은 일정한 한도에서 상호 중첩될 수 있다.<sup>461)</sup> 그러나 경우에 따라서는 전반적 또는 실질적 붕괴에 이르지 않는 일정한 형태의 이용불능이 존재할 수 있

---

458) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 677.

459) Kai Ambos, *supra* note 222, p. 80.

460) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 677; Markus Benzing, *supra* note 32, p. 614; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 81; M. Christopher Pitts, *supra* note 49, p. 1319.

461) Kai Ambos, *supra* note 222, p. 81.

다. 그리고 이러한 이용불능으로 인해 국가가 피의자나 증거 및 증언을 확보할 수 없거나 달리 절차를 진행할 수 없는 상황도 발생할 수 있다. 예를 들어, 국가사법행정이 일반적으로 기능을 수행하고 있지만 역량초과와 같이 법적 또는 사실적 이유로 특정 사건을 다룰 수 없거나,<sup>462)</sup> 또는 국가가 피의자와 증거를 확보하고 있지만 기소업무를 수행할 자격 있는 인력을 확보하지 못한 경우도 이용불능에 해당할 수 있다.<sup>463)</sup>

그렇다면, 국가가 로마규정을 이행하기 위한 국내입법을 하지 않아서 대상 행위가 그 국가에서 범죄로 되지 않는 경우에도 능력부재 상황이라고 볼 수 있는가? 예컨대, 국가가 수사를 했으나 수사대상행위가 그 국가 내에서 범죄로 되지 않는 경우를 들 수 있다.<sup>464)</sup>

입법적 불비 등의 법적 제한은 능력부재에 해당하지 않는다는 의견도 있다.<sup>465)</sup> 예를 들어 Claire Brighton에 따르면, 로마규정이 ICC 관할범죄를 국내적으로 이행할 의무를 부여하고 있지 않기 때문에 국가가 이를 행하지 않았다는 이유만으로 ‘달리 절차를 진행할 수 없는 경우’에 해당하지는 않는다고 한다.<sup>466)</sup>

---

462) Markus Benzing, *supra* note 32, p. 614; Kai Ambos, *supra* note 222, pp. 81, 83. 이에 대해, Nidal Nabil Jurdi는 ‘사법제도가 제 기능을 행사할 수 없는 경우’를 ‘이용불능’으로 보고 있다. 그에 따르면, 로마규정의 목적을 달성할 수 없는 경우, 즉 국제범죄를 기소할 수 없는 경우에 이용불능 상태에 빠질 수 있다고 한다. Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 6, p. 202.

463) John T. Holmes, *supra* note 45, p. 678.

464) 최태현, *supra* note 12, p. 111.

465) Claire Brighton, *supra* note 5, p. 640; Frank Meyer, *supra* note 37, p. 565.

466) Claire Brighton, *supra* note 5, p. 640. 다만 그에 따르면, ICC가 절차를 진행할 수 있다는 우려로 인해 국가가 국제형사법을 국내제도로 수용할 유인을 제공할 수는 있다고 한다.



그러나 국가가 원칙적으로 사건에 대하여 관할권을 가지고 있으며 최소한의 초기적 수사 조치를 취했다면, 여타의 입법적 불비로 인해 국가제도가 이용불능 상태에 빠지게 되고 이로 인해 국가가 절차를 진행할 수 없는 경우에는 능력부재 상황으로 볼 여지가 높을 것이다.<sup>467)</sup>

그밖에 이용불능은 실체적 규정 뿐 아니라 절차적 요건에 관한 국제기준을 국내법질서로 이행하지 못한 경우에도 발생할 수 있다는 주장도 있다.<sup>468)</sup> 즉 이 주장에 의하면, ‘달리 절차를 진행할 수 없다’<sup>469)</sup>는 구절은 한 국가의 ‘능력’에 관한 판단을 할 때 ICC로 하여금 그 국가의 ‘적법절차의 권리, 피의자의 권리, 그리고 절차에 관한 법적 제도’를 고려할 것을 요구하는 것으로 해석될 수 있다고 한다. 또한 이 주장에 의하면, 적법절차의 기준은 ‘의사부재’가 아닌 ‘능력부재’의 판단요소로서 고려될 수 있다고 한다.<sup>470)</sup>

한편, ICC 소추부의 전문가보고서는 능력부재의 판단기준으로 (i) 필요 인력, 재판관, 수사관, 검사의 부족, (ii) 재판 인프라의 부족, (iii) 실체적 또는 절차적 형사입법의 결여가 제도를 ‘이용불가능’하게 하는

---

467) Lijun Yang 역시 실체법의 결여 또는 국제적으로 승인된 인권기준을 충족하지 않는 현행법률이 있는 경우 ‘능력부재’에 해당할 수 있다고 주장하고 있다. Lijun Yang, *supra* note 39, p. 123. 또한 Kai Ambos, *supra* note 222, p. 82 참조.

468) Angela Walker, “The ICC versus Libya: How to End the Cycle of Impunity for Atrocity Crimes by Protecting Due Process”, 18 *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs* 303 (2014), pp. 329–330.

469) 이 구절은 ‘국내절차의 진행과정에서 발생할 수 있는 모든 종류의 상황에 대한 포괄적 조항으로서 역할을 수행’하기 위해 추가되었다. Anna Bishop, *supra* note 13, p. 399.

470) Angela Walker, *supra* note 468, pp. 331–332.

지 여부, (iv) 접근성의 결여가 제도를 ‘이용불가능’하게 하는지 여부, (v) 통제되지 않는 요소들에 의한 방해가 제도를 ‘이용불가능’하게 하는지 여부, 그리고 (vi) 사면 또는 면제가 제도를 ‘이용불가능’하게 하는지 여부를 제시하고 있다.<sup>471)</sup> 그런데 Gregory S. McNeal에 의하면, ICC 소추부의 전문가보고서는 능력부재 여부를 판단하는 데 있어서 위의 판단기준들이 각기 어느 정도의 비중을 차지하는지에 대해 언급하지 않고 있어 오히려 능력부재 판단 시 더욱 혼동이 야기될 수 있다고 한다.<sup>472)</sup> 그러나 ICC가 능력부재 여부를 판단할 때 위의 판단기준들을 전체적이고 종합적으로 검토하면 족할 것이다. 국가가 처한 상황은 매우 다양해서 어느 하나의 판단기준에 의해 능력부재 여부를 평가하기 어려울 것이기 때문이다.

## 2. 능력부재 개념의 적용

사건에 대해 관할권을 국가가 ‘능력부재’ 상황에 있는지 여부는 ‘누적적’으로 평가되어야 한다. 즉 ICC는 국가사법제도가 ‘전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능’의 어느 하나에 해당하는지 여부를 먼저 판단하여야 한다. 만약 국가의 사법제도가 위의 어느 상황에 해당한다고 ICC가 판단하게 되면, 비로소 그러한 상황으로 인해 국가의 사법제도가 피의자나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 여부를 ICC가 판단한다.<sup>473)</sup> 그런데 아래에서 살펴볼 리비아 사태의 두 사건

471) ICC-OTP, *supra* note 71, para. 50.

472) Gregory S. McNeal, “ICC Inability Determinations in Light of the Dujail Case”, 39 *Case Western Reserve Journal of International Law* 325 (2006-2007), p. 329.

473) 로마규정 제17조 제3항 : “특정 사건에서의 능력부재를 결정하기 위하여,

에서 담당 재판부가 ‘능력부재’에 대한 개념적 구분을 하지 않았거나 또는 능력부재 여부에 대한 누적적 평가를 하지 않았다. 이하에서는 리비아 사태의 관련 사건에 대한 내용을 분석하고 그 문제점을 검토한다.

## 2-1. ICC 사건 분석

*Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 전심재판부는 사건 당사자와 참가자들이 제출한 의견서와 관련 증거에 비추어 볼 때 리비아가 Gaddafi에 대한 수사나 기소를 진정으로 행할 능력이 없다고 판단하였다.

전심재판부는 리비아의 신정부가 극히 어려운 상황에서도 안보상황을 개선하고 국내 제도를 정비하며 법의 지배를 확립하기 위한 노력을 기울이고 있음에 주목하였다.<sup>474)</sup> 그렇지만 전심재판부는 리비아가 자국의 쏜영역에서 사법권을 충분히 행사하지 못하는 상황에 처해있다고 보았다.<sup>475)</sup> 그리고 전심재판부는 리비아의 국가시스템이 사건과 관련된 지역이나 분야에서 완전히 적용될 수 없는 상태이므로 리비아의 상황은 로마규정 제17조 제3항의 ‘이용불능’에 해당한다고 판시하였다.<sup>476)</sup> 그러면서 이러한 이용불능으로 인해 리비아가 피의자나 필요한 증언을 확보할 수 없으며, 또한 달리 절차를 진행할 수 없는 상황이라고 전심재판부는 판단하였다.<sup>477)</sup>

---

ICC는 해당 국가가 그 국가의 사법제도의 전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능으로 인하여 피의자나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 여부 또는 달리 절차를 진행할 수 없는지 여부를 고려한다”(밀줄 강조).

474) *Gaddafi* Admissibility Decision, para. 204.

475) *Ibid.*, para. 205.

476) *Ibid.*

*Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 전심재판부는 리비아가 능력부재 상황에 빠져있다고 판단한 이유를 다음과 같이 제시하고 있다.

첫째, ‘피의자를 확보할 수 있는지 여부’와 관련하여, 전심재판부는 리비아 정부가 자신의 영향력을 벗어난 지역인 Zintan 소재 민병대 휘하의 구금시설에서 정부의 사법권이 미치는 Tripoli의 구금시설로 Gaddafi를 이송하고자 노력하고 있다고 보았다. 그렇지만 리비아 정부의 노력에도 불구하고, 2011년 11월 19일 Gaddafi가 생포된 이후 관련 상황에 진전이 없었고, 가까운 장래에도 여전히 그러할 것이라고 전심재판부는 판단하였다.<sup>477)</sup>

둘째, ‘필요한 증언을 확보할 수 있는지 여부’와 관련하여, 전심재판부는 리비아 정부가 구금시설에 대한 완전한 통제권을 행사하지 못하고 있다는 점과 적절한 증인보호프로그램을 마련하지 못하고 있다는 점을 지적하였다.<sup>478)</sup> 그러면서 전심재판부는 리비아의 사법 및 행정 당국의 능력부재로 인하여 리비아가 필요한 증언을 확보할 능력을 갖추지 못하였다고 판단하였다.<sup>480)</sup>

셋째, ‘달리 절차를 진행할 수 있는지 여부’와 관련하여, 전심재판부는 Gaddafi가 변호인을 선임하지 못하는 상황을 절차의 진전에 대한

---

477) *Ibid.*

478) *Ibid.*, paras. 206–207. 리비아 법률상 피고인이 리비아 영역에 있거나 그의 소재가 정부당국에 의해 지득된 경우에는 궤석재판(*in absentia trials*) 이 허용되지 않는다. 따라서 Gaddafi가 리비아 정부의 통제권이 미치는 곳으로 이송되지 않는 한, 재판은 진행될 수 없다. *Ibid.*, para. 208.

479) 전심재판부는 특히 리비아 당국이 구금시설에 대한 통제권을 완전히 행사하지 못함으로 인해 Gaddafi 사건에 대한 수사가 직접적으로 영향을 받았다고 보았다. 이와 관련하여, 전심재판부는 ‘리비아 정부가 자신의 통제권이 미치지 못하는 구금시설에 구금된 2명의 증인을 상대로 인터뷰를 실시할 수 없었다’는 점을 그러한 예로 들고 있다. *Ibid.*, para. 210.

480) *Ibid.*, paras. 209–211.

중대한 방해요소로 보았다. 따라서 전심재판부는 Gaddafi에 대한 변호인 선임 문제가 해소되지 않는다면 리비아 국가사법제도상 정상적인 재판이 이루어지지 않게 될 것이라고 보았다.<sup>481)</sup> 그런데 리비아가 Gaddafi의 변호인을 확보할 수 있을지 여부와 어떻게 확보할 것인지에 대해 명확히 보여주지 못했다고 전심재판부는 판단하였다.<sup>482)</sup>

반면, *Abdullah Al-Senussi* 사건의 전심재판부의 입장은 앞서 살펴본 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 전심재판부의 그것과 상반된다. *Abdullah Al-Senussi* 사건의 전심재판부는 리비아 당국이 Al-Senussi를 진정으로 수사하거나 기소할 의사나 능력이 있는지 여부를 검토하였다. 여기서는 ‘능력부재’ 문제를 중심으로 사건을 분석한다.<sup>483)</sup>

---

481) *Ibid.*, paras. 212-214. Gaddafi의 변호인측은 리비아의 안보상황과 과거 정권의 대리인으로 행동하는 것에 대한 위험부담 등으로 인해 변호인을 확보하는데 실질적인 어려움이 있다고 하였다. 리비아 정부 역시 Gaddafi에 대한 변호인을 확보하고자 노력했지만 실패하였고 그 이후에도 변호인을 확보할 수 있을지 불투명한 상황이었다.

482) *Ibid.*, para. 215.

483) 전심재판부는 ‘의사부재’ 여부와 관련하여, 리비아가 Al-Senussi에 대한 국내절차를 진정으로 진행할 의사가 없지 않다는 결론을 내렸다. 먼저 전심재판부는 리비아의 국내절차가 Al-Senussi를 ICC에서의 절차에서 주장되는 범죄에 대한 형사책임으로부터 보호할 목적으로 수행되고 있다는 어떠한 증거도 존재하지 않는다고 하였다. 둘째, 전심재판부는 Al-Senussi에 대한 국내절차가 구체적인 정황상 그를 처벌하려는 의도와 부합하지 않는 부당한 지연에 해당한다고 보지 않았다. 전심재판부는 그 이유로 (i) 2012년 4월 9일 군검찰의 지시로 Al-Senussi에 대한 수사가 개시되었고, (ii) 같은 해 9월 5일 그의 신병이 모리타니아에서 리비아로 이송된 이후부터 리비아 사법당국이 그를 직접 조사할 수 있었으며, (iii) 전체 수사기간동안 증인 조사 등 점진적으로 수사가 진행된 후 2013년 9월 19일 사건을 기소부(Accusation Chamber)로 회부한 총 18개월 미만의 기간이 그를 처벌할 의도와 부합되지 않는 부당한 지연에 해당하지 않는 점을 들고 있다. 셋째, 전심재판부는 Al-Senussi에 대한 국내절차가 독립적이거나 공정하게 수행되지 않았다고 볼 수 없다는 입장을 밝혔다. 오히려 리비아가 행한 수사로 인해 그에 대한 사건을 기소부로 송치했다는 점에서 적절한 수사가 이루어졌다고 전심재판부는 판단하였다. 한편, Al-Senussi의 법적 조력을 받을 권리가 당시까지 이행되고 있지 않다는 점에 대해, 전심재판부는 의사부재가 아니라 능력부재와

‘능력부재’와 관련하여, 전심재판부는 국가사법제도의 전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능으로 인해, (i) 리비아가 Al-Senussi를 구금할 수 없는지 여부, (ii) 리비아가 Al-Senussi에 대한 자국 절차를 수행하기 위해 필요한 증거와 증언을 획득할 수 없는지 여부, (iii) 리비아가 Al-Senussi에 대한 자국 절차를 달리 진행할 수 없는지 여부를 검토하였다.<sup>484)</sup>

이를 위해 전심재판부는 한편으로 리비아가 주장한 사실과 관련한 각종 증거들을 검토하였다. 즉 전심재판부는 Al-Senussi에 대한 수사 과정에서 수집된 증거, 그에 대한 사건 수사의 범위, 방법, 인력, 그와 37명의 공동피고인들에 대한 사건을 기소부(Accusation Chamber)로 이송한 것, 과거 Gaddafi 정권의 공무원들에 대해 당시까지 진행된 사법절차, 그리고 국제적 지원을 통해 사법제도의 특정 문제들을 해결하기 위한 리비아의 노력들을 살펴보았다. 다른 한편으로 전심재판부는 피의자의 변호인측과 OPCV(Office of Public Counsel for Victims)의 반대의견을 심의하였다. 즉 Al-Senussi의 변호인이 선임되지 않는 상황, 리비아 전역의 심각한 안보 불안, 불안정한 안보상황에서 증인보호프로그램의 부재, 그리고 정부당국의 구금시설에 대한 통제권 행사 곤란 등이 그러하다.<sup>485)</sup>

전심재판부는 Al-Senussi가 이미 리비아 당국에 의해 구금되어 있으므로, ‘피의자를 확보할 수 없는’ 경우에 해당하지 않는다고 판단하

---

관련되어 검토되어야 한다는 입장을 취했다. Al-Senussi의 법적 조력을 받을 권리가 리비아의 안보상황으로 인해 주로 방해받았다는 것이 그 이유였다. *Al-Senussi Admissibility Decision*, paras. 227, 229, 290-293.

484) *Ibid.*, para. 202.

485) *Ibid.*, para. 289.

였다.<sup>486)</sup>

그리고 전심재판부는 리비아가 ‘필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 여부’에 대해서도 판단하였다. 전심재판부에 따르면, 리비아가 Al-Senussi에 대한 절차를 진행하기 위해 필요한 증거 및 증언을 일부 수집하였고, 그러한 증거 및 증언의 수집이 증인의 안전문제나 구금시설에 대한 정부의 통제력 부재로 인해 중단되었다거나 중단될 것이라는 어떠한 증거도 없다고 한다.<sup>487)</sup> 실제 당시까지 리비아에 의해 취해진 발전적이고 구체적인 수사 조치와 Al-Senussi에 대한 재판 절차가 기소단계에 이르렀다는 점에서 Al-Senussi에 대한 리비아의 국내절차가 안보상황에 의해 방해받지 않았다고 전심재판부는 판단하였다. 또한 전심재판부는 과거 Gaddafi 정권의 공무원들에 대한 리비아의 국내재판절차가 진행 중이라는 점과 이들의 증언이 현 사건에서 특히 중요한 데 이들 중 일부가 리비아 정부의 통제력이 미치는 Tripoli Al-Hadba 교도소에 수감되어 있다는 점 등을 종합적으로 고려하였다.<sup>488)</sup>

마지막으로, 전심재판부는 리비아가 ‘달리 절차를 진행할 수 없는지 여부’에 대해서도 판단하였다. 전심재판부는 리비아 전역의 지속적인 안보상황으로 인해 리비아가 Al-Senussi에 대한 절차를 진행하는 데 영향을 받을 것이라고 보지 않았다. 특히 전심재판부는 Al-Senussi에

---

486) *Ibid.*, para. 294.

487) *Ibid.*, para. 298. 이러한 결론은 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건과 다른 양상을 보여준다. 이 사건에서는 효과적인 증인보호프로그램의 부재 및 구금시설에 대한 정부의 통제력 결여가 제17조 제3항의 ‘필요한 증거 및 증언’을 확보하는 데 방해요인으로 작용했고, 그에 대한 수사에 직접 영향을 미쳤다고 전심재판부는 보았다(증인 확보와 Mr Gaddafi의 신병확보 곤란).

488) *Ibid.*, paras. 299-301.

대한 수사과정에서 수집된 증거의 양과 성질, 사건의 기소부 (Accusation Chamber) 송치와 기소 절차의 개시, 그리고 2013년 9월 19일자 법원 심리가 법정 밖에서의 일부 항의에도 불구하고 사고 없이 마무리되었다는 사실에 주목하였다. 그 결과, 리비아가 계속되는 안보상 위협에 잘 대처하고 있으며 Al-Senussi에 대한 절차를 계속해서 잘 진행시킬 수 있을 것이라고 전심재판부는 판단하였다.<sup>489)</sup> 다만 전심재판부는 Al-Senussi의 변호인이 여전히 선임되지 않은 것에 주목하면서 이러한 상황은 현 사건의 진전에 치명적인 장애요인으로 작용될 수 있다고 보았다.<sup>490)</sup> 리비아 법령상 변호인이 선임되어야 재판 진행이 가능하기 때문이다.

그러나 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건과 달리,<sup>491)</sup> 전심재판부는 Al-Senussi가 중앙정부의 통제 하에 있는 Tripoli의 구금시설에 수감되어 있으며, 같은 종족 출신의 많은 지역변호사들이 Al-Senussi를 변호하겠다는 의사를 표명했음에 주목하였다. 결론적으로, 리비아가 불안정한 안보상황에 처해있지만 리비아정부가 이를 극복하지 못한다거나, 추후 Al-Senussi의 변호인이 선임되지 못할 것이라고 볼 수 없으므로, ‘달리 절차를 진행할 수 없는’ 경우에 해당하지 않는다고 전심재판부는 판시하였다.<sup>492)</sup>

## 2-2. 평 가

---

489) *Ibid.*, para. 303.

490) *Ibid.*, para. 307.

491) Gaddafi는 리비아 정부의 통제력이 미치는 범위를 벗어나 있었으며, 변호인을 선임하고자 하였지만 계속해서 실패하였다.

492) *Al-Senussi* Admissibility Decision, paras. 304-309.



*Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 전심재판부는 리비아의 사법권이 리비아 전역에서 충분히 행사되는 데 실질적인 어려움에 처해 있고, 이러한 어려움으로 인해 리비아의 국가시스템이 사건 관련 지역 등에 완전히 적용될 수 없다는 이유로 로마규정 제17조 제3항 전단의 ‘이용불능’에 해당한다고 판단하였다. 전심재판부 이러한 판단에는 Gaddafi가 리비아 정부의 영향력을 벗어난 지역인 Zintan 소재 민병대 휘하의 구금시설에 수감되어 있다는 점이 고려된 것으로 보인다.<sup>493)</sup> 그렇지만 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 전심재판부는 국가사법제도의 ‘전반적 또는 실질적 붕괴’와 ‘이용불능’간의 경계를 명확히 정의하지 않았다. 그리고 위의 전심재판부는 국가사법제도의 ‘이용불능’ 여부에 대한 면밀한 검토보다는 제17조 제3항 후단, 즉 ‘피의자나 필요한 증거 및 증언 확보 여부, 그리고 달리 절차를 진행할 수 없는지 여부’에 대한 검토에 중점을 두었다.

이와 관련하여 M. Christopher Pitts는 리비아 국가사법제도가 ‘실질적 또는 전반적 붕괴 상황에 있는지 여부, 또는 왜 그것이 붕괴가 아니라 이용불능에 해당하는지’에 대해 이 사건의 전심재판부가 어떠한 논의도 하지 않았다고 꼬집었다. 그러면서 그는 리비아의 사법제도가 ‘실질적 붕괴’ 상황도 ‘이용불능’ 상황도 아니라고 주장하였다. 그 근거로 그는 (i) 리비아가 재판을 재개하고 판사들을 소집함으로써, 그리고 중앙정부의 통제 하에 있는 피구금자들을 이송함으로써 자국의 사법제도를 유지하고자 노력하였다는 점, (ii) 리비아의 내전 동안 범죄를 자행한 41명의 피의자들에 대한 형사절차를 시작하였다

---

493) 이는 ICC 소추부의 전문가보고서가 ‘능력부재’의 판단기준으로 제시한 ‘통제되지 않는 요소들에 의한 방해가 제도를 ‘이용불가능’하게 하는지 여부’와 관련되어 보인다. ICC-OTP, *supra* note 71, para. 50.

는 점, (iii) Al-Senussi를 리비아로 이송하는 등 국가사법제도를 지속적으로 구축하기 위한 자원을 보유하고 있다는 점, (iv) 범죄수사와 절차를 진행하기 위해 ‘실체적 또는 절차적 형사관련법’을 보유하고 있다는 점, 그리고 (v) 리비아의 사법부가 기능하고 있을 뿐 아니라 국가과도위원회가 제정한 법률에 대해 위헌선언을 하는 등 독립적으로 기능하고 있다는 점을 들고 있다.<sup>494)</sup>

한편, *Abdullah Al-Senussi* 사건의 전심재판부는 ‘능력부재’ 여부에 대한 판단에 근본적인 오류를 범하고 있다. ICC는 해당 국가가 ‘능력부재’ 상황에 있는지 여부를 판단할 때 ‘전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능에 해당하는지 여부’와 ‘피의자나 필요한 증거 및 증언 확보 여부, 그리고 달리 절차를 진행할 수 없는지 여부’를 누적적으로 검토해야 한다. 그런데 전심재판부는 ‘전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능에 해당하는지 여부’에 대한 검토를 생략하고 곧바로 ‘피의자나 필요한 증거 및 증언 확보 여부, 그리고 달리 절차를 진행할 수 없는지 여부’만을 검토하였다. 즉 전심재판부는 누적적 평가를 이행하지 않았다. 다만, 전심재판부는 어떠한 사실이 ‘붕괴’나 ‘이용불능’에 해당하지 않는다는 식의 표현을 ‘사실관계와 증거의 평가’부분에서 일부 언급하고 있을 뿐이다.<sup>495)</sup> 만약 전심재판부가 리비아의 상황이 ‘붕괴’나

---

494) M. Christopher Pitts, *supra* note 49, pp. 1311, 1336. 한편, Nidal Nabil Jurdi에 따르면, 전심재판부가 ‘이용불가능한 사법제도’의 의미가 무엇인지 제시하지 않았다고 하면서, 이 사건에서의 리비아의 상황은 제17조 제3항의 요건에서 벗어나는 ‘부분적 붕괴’로 볼 수 있다고 한다. 그는 리비아의 약한 법집행 능력을 그 이유로 들고 있다. Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 6, p. 215.

495) 관련 내용의 원문은 다음과 같다.

“More precisely, in relation to ‘inability’ under article 17(3) of the Statute, the Chamber is of the view that not simply any “security challenge” would amount to the unavailability or a

‘이용불능’에 해당하지 않는다고 판단했다면, 전심재판부는 ‘피의자나 필요한 증거 및 증언 확보 여부, 그리고 달리 절차를 진행할 수 없는지 여부’를 추가로 검토할 필요가 없게 된다. 그런데 전심재판부는 ‘피의자나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 여부’ 등에 대한 면밀한 검토를 수행하였다. 그렇다면 전심재판부는 먼저 리비아의 상황이 어떠한 이유에 의해 ‘붕괴’ 내지 ‘이용불능’에 해당하는지 명확히 규명해야 하였으나 그렇게 하지 않았다.<sup>496)</sup> 이는 ‘능재부재에 대한 평가가 누적적으로 이루어져야 한다’는 로마규정 기초자들의 의도와 상반되는 것이다.<sup>497)</sup>

---

total or substantial collapse of the national judicial system rendering a State unable to obtain the necessary evidence or testimony in relation to a specific case or otherwise unable to carry out genuine proceedings.” *Al-Senussi* Admissibility Decision, para. 262.

“The Chamber is of the view that the fact that certain incidents of threats or violence against judicial authorities may have occurred across the country does not necessary entail "collapse" or "unavailability" of the Libyan judicial system such that would impede Libya's ability to carry out the proceedings against Mr Al-Senussi within the meaning of article 17(3) of the Statute.” *Ibid.*, para. 281.

496) 전심재판부의 다음과 같은 표현방식은 ‘붕괴’나 ‘이용불능’을 전제에 두고 ‘피의자나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 여부’ 등을 검토하고 있는 것인지, 아니면 ‘붕괴’나 ‘이용불능’도 아니고 ‘피의자나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 여부’ 등에도 해당하지 않는다는 것인지 불명확하다. 그런데 결정문의 전반적인 내용을 살펴보면 전심재판부가 리비아의 상황을 ‘붕괴’나 ‘이용불능’으로 보고 있는 것 같지는 않다.

“[...] this fact, [...] does not result in Libya's inability genuinely to carry out its proceedings in Mr Al-Senussi's case on the grounds that Libya, as a result of a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, is unable to obtain the evidence and testimony that is necessary for the proceedings against Mr Al-Senussi.” *Ibid.*, para. 301.

497) Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 6, p. 216. 또한 M. Christopher Pitts는

---

제17조 제3항과 관련한 전심재판부의 분석과 관련하여 다음과 같이 밝히고 있다. 즉 그에 따르면, ‘리비아가 피의자나 증거를 확보할 수 없거나, 또는 달리 절차를 진행할 수 없다는 것을 입증하는 것으로는 충분치 않다. 국가사법제도의 전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능으로 인해 이러한 것들을 행할 수 없어야 한다. 더구나 능력부재와 관련하여, 로마규정의 기초자들은 국가사법제도가 제17조 제3항의 붕괴 또는 이용불능으로 판단되기 위해서는 엄격한 요건이 충족되어야 한다는 입장이었다’고 한다. M. Christopher Pitts, *supra* note 49, pp. 1331-1332.

## 제5장 보충성원칙의 적용상 補論

지금까지 로마규정의 관련조문에 반영된 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙의 의미와 내용을 살펴보고, 이 원칙으로부터 파생된 기준들의 해석 및 적용을 둘러싼 쟁점들을 검토하였다. 그런데 보충성원칙은 재판적격성 문제에서만뿐만 아니라 자기회부 문제와 같이 로마규정 성안 시 예상하지 못했거나 사면과 비형사적 책임추궁 문제 등 로마규정에 반영되지 않은 여러 사안들과의 관계에서도 다양한 쟁점들을 가지고 있다. 이하에서는 이러한 문제들이 로마규정에 의거한 보충성원칙의 적용에 있어서 어떠한 함의를 가지는지 검토한다.

### 제1절 자기회부와 보충성원칙 적용의 포기

#### 1. 검토의 배경

자기회부(self-referral)는 일반적으로 ICC 관할범죄 발생지국이 자국 영토 내에서 발생한 사태를 ICC에 스스로 회부하는 것을 의미한다.<sup>498)</sup> 로마규정 협상 당시 협상대표들 사이에는 다음과 같은 두 가지 추정이 널리 공유되었다. 첫째, 로마규정 제14조의 당사국 회부는 국제인권문서의 국가간 통보제도만큼이나 드문 예외적인 현상일 것이다. 둘째, 보충성원칙이 적용되는 초기현상은 일차적인 국가관할권의 제한 없는 행사 또는 국가의 형사관할권 행사 주장과 국가 수사의 진

---

498) 그런데 자기회부의 개념을 영토에 국한하여, 즉 속지주의에 한정시킬 필요가 없다는 주장도 있다. 이에 대한 자세한 내용은 Andreas T. Müller & Ignaz Stegmüller, *supra* note 10, pp. 1272-1278 참조.

정성에 관한 ICC의 의구심 사이의 긴장관계로 귀결될 것이다.<sup>499)</sup> 따라서, 로마규정 협상대표들은 ICC가 실제 관할권을 행사하여 개별사건들을 기소하는 데에 있어서 당사국의 회부보다는 안전보장이사회의 회부나 소추관의 독자적인 수사개시에 주로 의존하게 될 것이라 예견하였다.<sup>500)</sup> 그러나 ICC의 초기 실행은 당사국 회부가 거의 없을 것이라는 점을 넘어서서 더욱 예기치 않은 방향으로 현실화되었다. 즉 ICC 관할범죄에 대해 통상적으로 관할권을 행사할 것으로 예상되었던 영토국이 사태를 ICC에 회부하는 현상이 발생하였다.<sup>501)</sup> 그간 자기회부는 우간다, 콩고민주공화국, 중앙아프리카공화국(2회 회부), 말리 등에 의해 이루어졌으며, 자기회부 관행은 ICC의 주요 제소장치 중 하나로 자리잡고 있다.<sup>502)</sup> 그런데 이러한 자기회부 관행을 두고 영토국이 자신의 관할권 행사를 자발적으로 포기한 것으로 볼 수 있는지 여부에 대해 견해가 대립되고 있다. 이하에서는 대립되고 있는 견해들이 주장하는 논거를 살펴보고, 자기회부가 로마규정에서 갖는 법적, 사실적 의미나 효과가 무엇인지 검토한다.

---

499) Claus Kress, “‘Self-Referrals’ and ‘Waivers of Complementarity’: Some Considerations in Law and Policy”, 2 *Journal of International Criminal Justice* 944 (2004), p. 944; Andreas T. Müller & Ignaz Stegmiller, *supra* note 10, pp. 1268–1269; V. Seshaiiah Shasthri, *supra* note 16, p. 391 & note 53.

500) John T. Holmes, *supra* note 366, pp. 41, 78.

501) V. Seshaiiah Shasthri, *supra* note 16, pp. 384–385; Frédéric Mégret & Marika Giles Samson, *supra* note 13, p. 572.

502) 과거 ICC 소추관은 ‘영토적 관할권을 가진 국가들에 의한 자발적인 회부를 권고하며 환영하는 정책을 소추부가 채택했다’고 밝힌 바 있다. Report on the Activities Performed during the First Three Years (June 2003–June 2006), 2006. 9. 12., p. 7 참조. 그러나 소추부의 이러한 입장은 많은 비판을 받았으며, 그러한 비판론은 아래에서 살펴볼 부정론이 제시하는 논거와 일맥상통하다.

## 2. 견해의 대립

‘보충성원칙 적용의 포기’는 가장 직접적인 관련 국가가 어떠한 사태(situation) 내에서 범하여진 범죄혐의에 대한 수사나 기소를 수행하지 않고 있다거나 수행하지 않았다는 공식적인 선언으로 정의되어 왔다.<sup>503)</sup> 그렇다면, 자기회부를 보충성원칙 적용의 포기로 볼 수 있는가? 즉 자기회부시 제17조의 재판적격성 평가를 거치지 않고 사건의 재판적격성을 인정할 수 있는가? 이에 대해서는 긍정론과 부정론으로 나뉜다.

### 2-1. 긍정론

자기회부를 보충성원칙의 적용을 포기하는 것으로 보는 입장이 그 근거로서 제시하는 것은 다음과 같다.

첫째, 보충성원칙을 규정한 취지는 관할권 행사가 가능한 당사국의 의사에 반하여 ICC가 우선적으로 관할권을 행사하는 것을 막고 주권 국가의 의사를 존중하기 위한 것이다. 따라서 해당 주권국가가 보충성원칙에 따른 권한 행사를 포기하고 스스로의 의사에 따라 ICC에 관할권의 행사를 맡기는 것은 로마규정의 취지에 어긋나지 않는다.<sup>504)</sup> 또한 국가가 ICC에 관할권의 행사를 맡겼다고 하여 이것이 곧 국가 신뢰도를 손실시키거나 불처벌에 대한 국가의 대응의지가 결여된 것이라고 볼 수 없다. 왜냐하면, ICC가 우월한 증거, 증인과 감정

---

503) Claus Kress, *supra* note 499, p. 946.

504) V. Seshaiyah Shasthri, *supra* note 16, pp. 390–391; Daniel D. Ntanda Nsereko, *supra* note 16, p. 446.

인을 확보할 수 있는 더욱 효과적인 장소일 수 있기 때문이다. 그리고 중립적이고 공정한 ICC에서 관련 절차를 진행함으로써 정의가 더욱 실효적으로 행하여질 수 있기 때문이다.<sup>505)</sup>

둘째, ICC 관할범죄에 대해 관할권을 가지고 있는 국가가 적극적으로 수사하고 처벌하는 것이 바람직하다. 그렇지만 당사국이 로마규정으로부터 이러한 의무를 엄격하게 부여받고 있지는 않다. 그리고 당사국 스스로 ICC에 의한 관할권 행사가 바람직하다고 판단하여 사태를 회부하였다면 이를 존중하는 것이 ‘불처벌의 상태를 종식시킨다’는 로마규정의 기본취지에 부합한다. 또한 당사국이 스스로 사태를 ICC에 회부하였다고 하여 이것이 곧 국제의무의 위반에 해당하지도 않는다.<sup>506)</sup>

셋째, 로마규정 전문 제6항의 ‘*exercise its criminal jurisdiction*’이라는 구절을 ‘국내적 수준에서 수사하고 기소하며, 종국적으로 처벌하라’는 의미로 엄격하게 해석할 필요가 없다. 영토국이 자신의 형사관할권을 행사할 의무는 폭넓게 이해되어야 한다. 즉 이러한 의무는 영토국 자체에 의하든, 타국으로의 범죄인인도에 의하든, 또는 국제형사관할권으로의 인계에 의하든 진정한 수사가 이루어지는 것을 보장한

---

505) ICC-OTP, *supra* note 71, p. 19, para. 61.

506) Daniel D. Ntanda Nsereko, *supra* note 16, p. 446; Markus Benzing, *supra* note 32, p. 630; Ahmed Samir Hassanein, “Self-referral of Situations to the International Criminal Court: Complementarity in Practice – Complementarity in Crisis”, 17 *International Criminal Law Review* 107 (2017), p. 117. 특히 Daniel D. Ntanda Nsereko는 자기회부의 정당성을 긍정하면서도 국가가 자기회부를 한 숨은 동기를 항상 파악할 수 없으므로 이에 대한 우려를 해소하기 위해서 소추관이 사건이나 기소와 무관한 정치적 또는 여타 외부적인 고려 없이 공명정대하게 수사 대상인 사건과 기소대상자를 선별할 필요가 있다고 주장하고 있다. 그에 따르면, 만약 범죄가 반대 당사자간 무력충돌로부터 발생한다면, 소추관은 기소대상자 선별에 있어서 반대 당사자 모두의 책임을 고려해야 한다는 것이다.



다는 취지로 이해되어야 한다.<sup>507)</sup> 또한 ICC로의 자기회부가 국가의 의도적인 수사 자제 등 ‘보충성원칙 적용의 포기’로 이어지는 범위 내에서, 로마규정 제17조에 따라 ICC가 사건의 재판적격성이 있다는 결정을 내릴 수 있다. 결국 자기회부는 로마규정이 부여한 국가의 우선적 권리의 부분적 포기로 이어질 수 있다.<sup>508)</sup>

## 2-2. 부정론

자기회부를 보충성원칙의 적용을 포기하는 것으로 보지 않는 입장은 다음과 같은 근거를 제시하고 있다.

첫째, 재판적격성의 명시적 포기를 이유로 보충성원칙의 적용을 배제시키는 것은 국가의 관할범죄에 대한 수사 및 기소를 촉진하고자 하는 보충성원칙의 기본이념과 조화되기 어렵다.<sup>509)</sup> 이는 수사할 의

---

507) Claus Kress, *supra* note 499, pp. 945–946. 특히, Payam Akhavan은 자기회부가 긴요한 상황으로 ①국가가 분열되어 있어 공정한 사법적 개입이 필요한 경우, ②폭력행위가 계속되거나 임박함으로써 안전한 재판을 할 수 없는 경우, ③국가가 비용을 수반하는 복잡한 재판을 수행할 수 없는 경우를 들고 있다. Payam Akhavan, *supra* note 16, pp. 299–300.

508) Claus Kress, *supra* note 499, p. 946. 그렇지만, Claus Kress는 ICC 소추부가 자기회부 정책에 지나치게 의존한다거나 이를 적극적으로 조장하는 것에 대해 경계하고 있다. 즉 Claus Kress에 따르면, 소추부와 자기회부국의 건설적인 대화와 적절한 거리두기 사이의 균형점을 찾을 필요가 있다고 한다. *Ibid.*, pp. 947–948.

509) 로마규정 협상 당시, 일부대표는 ICC가 국가사법제도의 효율성을 결코 훼손시키지 않아야 한다는 입장을 표명한 바 있다. Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1995 (UN Doc. A/50/22), para. 47. 그렇지만, 1998년 준비위원회 규정초안 각주에 보충성원칙 적용의 포기에 대한 재론의 여지를 남겨놓았다("The present text of article 15 is without prejudice to the question whether complementarity-related admissibility requirements of this article may be waived by the State or States concerned"). Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1998

사나 능력이 있는 국가가 자국의 이익을 위하여 ICC를 이용하려는 경우에 더욱 그러하다. 즉 남용의 위험이 있다.<sup>510)</sup> 또한 국내적 수준에서 관할범죄의 불처벌을 영속화시킬 위험이 있다.

둘째, 재판적격성에 대한 이의제기권의 포기는 관할범죄를 수사하고 기소할 국가의 의무와 양립할 수 없다. 이러한 의무는 로마규정 전문과 보충성원칙 관련 조문들로부터 발생한다.<sup>511)</sup>

셋째, 국가에 의한 자기회부는 자칫 ICC가 정치적으로 이용될 수 있는 계기를 제공할 수 있다.<sup>512)</sup> 즉 내전이나 무력충돌의 반군 또는 비정부당사자들에게 귀속되는 범죄만을 주로 회부하려는 이른바 ‘비

---

(UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1), p. 40, note 38. 그러나 최종적으로 로마협상 당시 많은 대표들이 절차및증거규칙 초안에서 이 문제를 다루기를 희망하여 추가적인 논의가 이루어지지 않았다. John T. Holmes, *supra* note 366, p. 78.

510) William A. Schabas, *supra* note 16, p. 163.

511) Mohamed M. El Zeidy, *supra* note 15, p. 102.

512) Kasaija Phillip Apuuli에 따르면, 우간다 Museveni 정부가 LRA와의 평화회담이 진전이 없고 군사적으로 제압하지도 못하게 되자 ‘북서우간다에서의 LRA에 관한 사태’를 ICC에 회부하기로 결정한 것이라고 한다. Kasaija Phillip Apuuli, “The ICC’s Possible Deferral of the LRA Case to Uganda”, 6 *Journal of International Criminal Justice* 801 (2008), p. 802. 또한 Uganda Poverty Status Report 2005에 따르면, 우간다 정부가 자기회부한 이유를 다음과 같이 제시하고 있다. (i) LRA 최고위층 고립 및 내부 구성원들의 분열 야기, 아직 기소되지 않은 자들에게 사면을 부여받기 위한 방법을 모색하도록 하는 것, (ii) 우간다의 대혼란을 야기하기 위해 LRA가 이용한 국가들이 그들의 영토에서 LRA를 축출하기 위한 더욱 구체적인 조치들을 취하도록 하는 것, (iii) LRA를 추적하는 데 이웃국가들과 국제공동체로부터 더 많은 협력을 이끌어 내는 것, (iv) 피의자들을 재판함으로써 범죄피해자들이 정의를 획득하고 배상을 신청할 수 있도록 하는 것, (v) 남수단 같은 반군활동국가들의 협력을 더욱 이끌어 내는 것, (vi) LRA 핵심 지도부를 대상으로 함으로써 하위 간부들의 투항 조장 등이 그것이다. Ministry of Finance, Planning and Economic Development (MFPED), Uganda Poverty Status Report 2005: Progress in Implementing the Poverty Eradication Action Plan (Kampala: Uganda Government Printery, 2005), p. 77(Kasaija Phillip Apuuli, *op. cit.*, p. 803에서 재인용).

대칭적 또는 선택적'(asymmetric or selective) 회부가 그러한 경우이다.<sup>513)</sup>

넷째, 관할권을 가지는 국가가 아무런 조치를 취하지 않은 채 자기 회부를 하는 상황이 하나의 경향으로 굳어진다면 ICC의 업무 부담을 초래할 수 있고, 또한 의사와 능력이 있는 국가가 자국의 사법제도 대신 ICC를 활용하고자 하는 “사법적 포럼쇼핑” 현상을 유발할 수 있다.<sup>514)</sup>

다섯째, 자기회부국이 아무런 조치도 취하지 않은 이른바 ‘부작위’ 상태에서 회부하는 경우 보충성원칙 적용의 포기로 볼 여지는 있다. 다만 이 경우에도 포기 의사를 명시적으로 선언하는 등 분명한 의사를 밝혀야 한다. 만약 그러한 의사를 명시적으로 밝히지 않았다면 보충성원칙 적용의 포기로 볼 수 없다. 우간다, 콩고민주공화국, 중앙아프리카공화국의 사례를 분석해 보더라도, 이들 국가가 자기회부를 하였다고 하여 기소할 권리를 영구적으로 포기하겠다는 분명한 의사가 있었다고 결론내릴 수 없다. 따라서 자기회부국의 의사가 모호한 경우 자기회부를 했다고 해서 이를 로마규정상 권리의 묵시적 포기로서 보지 않는 것이 타당하다. 그리고 국가가 사건의 재판적격성에 대한 이의제기권을 명시적으로 포기하는 것이 이론상 가능할 수 있다. 그렇지만, 국가의 일방적 선언을 개별적으로 해석할 필요가 있다는 점, 로마규정이 관할권을 가지는 국가의 우선권을 인정하고 있는 점, 그리고 명시적인 포기의 비현실성 등 모든 요소들을 감안할 때, 국가가 자기회부를 했다고 하여 사건의 재판적격성에 대한 이의제기권을 자

---

513) Andreas T. Müller & Ignaz Stegmiller, *supra* note 10, pp. 1270, 1284-1285.

514) Nidal Nabil Jurdi, *supra* note 13, p. 91.

동적으로 포기했다고 보아서는 안 된다.<sup>515)</sup>

### 3. 평 가

자기회부가 비록 로마회의 당시 예정하지 못했던 새로운 현상이기는 하지만, 자기회부를 원칙적으로 ‘당사국 회부’와 달리 취급할 이유는 없다. 로마규정 자체에서 자기회부를 별도로 규율하고 있지 않으며, 또한 자기회부를 보충성원칙 적용의 포기로 해석할 어떠한 근거도 존재하지 않기 때문이다. 그런 의미에서 자기회부는 국가가 스스로 자국 영토에서 발생한 사태를 ICC에 회부하겠다는 ‘사실상의 의사표명’에 불과하다. 즉 자기회부를 했다고 하여 당사국회부와 다른 법적 차이가 새로이 발생하지도 않고, 보충성원칙 적용의 포기라는 법적 결과도 유발하지 않는다. 예컨대, 자기회부국은 자기회부 이후라도 ICC 관할범죄를 수사하거나 기소하여도 무방하며, 이를 근거로 추후에 제18조에 따라 수사보류를 요청하거나 제19조에 따라 재판적격성에 대한 이의제기를 할 수도 있다. 다만, 사실상 그러한 행위를 하지 않을 가능성이 상대적으로 더 높을 수는 있다.<sup>516)</sup>

특히 우간다 사태는 해당 국가가 어떠한 사유로 자기회부를 했는지 여부와 상관없이 자기회부를 했다는 사실로 인해 보충성원칙의 적용을 포기한 것으로 해석할 수 없음을 보여준다. 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 우간다 정부의 입장이 LRA 반군과의 평화협상 진전여부에

---

515) Andreas T. Müller & Ignaz Stegmler, *supra* note 10, pp. 1286–1290.

516) 예를 들어, *Germain Katanga* 사건에서 Katanga의 변호인측이 사건의 재판적격성에 대한 이의를 제기했는데, 콩고민주공화국 당국은 이 문제에 대해 어떠한 의견도 제시하지 않았다. *Katanga* Admissibility Decision, para. 5.

따라 달라졌다. 즉 자기회부 당시와 달리, 우간다 정부는 반군과의 협상이 진전되자 자기회부 철회 의사를 언론에 표명하였다. 그리고 우간다 정부는 특별재판부(Special Division) 설치를 통해 ICC의 수사대상인 피의자들을 직접 재판할 것이라는 입장을 발표하는 등 자국의 형사관할권을 직접 행사할 것이라는 의사를 표명하였다.<sup>517)</sup> 둘째, *Joseph Kony et al.* 사건의 전심재판부는 우간다가 재판적격성 문제를 포기하지 않았다는 전제에 입각하고 있다. 만약 전심재판부가 자기회부를 이에 대한 포기로 보았다면, 제19조 제1항의 ‘직권에 의한 재판적격성 결정’ 절차를 스스로 진행하지 않았을 것이기 때문이다. 오히려, 담당 재판부는 우간다 정부의 입장이 평화협상의 진전여부에 따라 향후 계속 변경될 가능성이 있다고 보아, 로마규정 제19조 제1항의 권한을 행사할 ‘외견상의 이유’가 있다고 판단하였다.<sup>518)</sup>

또한 콩고민주공화국 사태의 *Germain Katanga* 사건에서 전심재판부는 Germain Katanga에 대한 체포영장 발부 여부 결정시 콩고민주공화국 사법당국이 국내절차를 진행하고 있다는 이유로 제19조 제1항의 재판적격성을 결정할 수 있는 재량권을 행사하고 있다.<sup>519)</sup>

따라서, 비록 국가가 어떠한 사태를 ICC에 자기회부했더라도 ICC가 재판적격성 판단을 하고 있음을 위의 사건들은 시사하고 있다.

그렇지만 자기회부와 관련하여 다음과 같은 점에 유의하여야 한다.

---

517) 이에 대한 자세한 내용은 *Kony et al.* Admissibility Decision, paras. 37-44 참조.

518) *Ibid.*, para. 44.

519) ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga”, ICC-01/04-01/07, 2007. 7. 6., paras. 18-20.

첫째, 우간다 사태의 *Joseph Kony et al.* 사건에서 전심재판부가 분명히 밝히고 있듯이 ‘일단 ICC의 관할권이 유발되면, 보충성 제도에 관한 조항들을 해석하고 적용하며 특정 사건의 재판적격성에 대한 구속력있는 결정을 할 주체는 ICC’이다.<sup>520)</sup> 따라서, 자기회부국이 자기회부를 한 이후 다시 이를 철회하고자 하여도 ICC가 ‘사건의 재판적격성이 없다’고 결정하지 않는 한 그렇게 할 수 없다. 즉 일단 국가가 자기회부한 이후 이를 철회할 수는 없다.<sup>521)</sup>

---

520) *Kony et al.* Admissibility Decision, para. 44.

521) 자기회부의 철회 문제는 협상을 통해 분쟁을 해결할 필요가 있거나 일부 분쟁의 경우 군사적 해결이 어렵다는 인식 하에 자기회부국이 반대세력과의 협상의 일환으로 ICC에 회부한 사태를 자발적으로 철회하는 경우에 발생할 수 있다. 주로 새로 선출된 정부, 과거 정부를 전복시킨 정부, 또는 국가해체나 국가승계의 결과로 정권을 잡은 신정부가 자기회부를 철회하려는 시도를 할 가능성이 있다. V. Seshaiiah Shasthri, *supra* note 16, p. 386. 그러나 로마규정은 제13조나 제17조 어디에서도 자기회부의 철회와 관련한 명시적인 내용을 언급하고 있지 않다. 사실 일부 학자들이나 전문가들은 자기회부의 철회가 가능하지 않다는 입장을 밝혀왔다. Andreas T. Müller & Ignaz Stegmüller는 국가에게 자기회부에 대한 철회권을 인정한다면, ICC의 복잡한 절차제도가 뒤죽박죽 될 수 있다는 점에서 이를 부정하는 것이 문제의 소지를 줄일 수 있다고 주장하였다. 이에 따르면, 다음과 같은 근거를 들어 자기회부의 철회를 정당화하기 위한 시도들은 설득력이 없다고 한다. 첫째, 국가주권을 근거로 정당성을 인정하고자 하는 시도에 대해서, 국가들은 이미 로마규정에 비준함으로써 로마규정에 따라 행동할 의무가 있다는 점에서 강력한 논거가 될 수 없다. 둘째, 보충성원칙과 ‘정의의 이익’의 개념은 ICC의 절차적 제도의 일부이며, 로마규정에는 ICC의 조치를 회피할 수 있는 다양한 방법들이 규정되어 있는 반면, 철회에 대해서는 별도의 자율적인 절차가 마련되어 있지 않다. 또한 자기회부국은 회부 이후 재판적격성 평가를 통해 국내적으로 사건을 처리할 수 있다는 점에서 자기회부에 의해 이미 ICC가 개시한 수사나 기소에 대해 어떠한 법적 효과도 갖지 못하는 ‘철회’라는 개념을 도입할 필요가 없다고 한다. Andreas T. Müller & Ignaz Stegmüller, *supra* note 10, pp. 1290–1292. 그밖에 V. Seshaiiah Shasthri에 따르면, 국가에 의한 일방적인 자기회부의 철회는 현 로마규정과 부합되지 않는다고 한다. 그는 그 이유를 다음과 같이 제시하고 있다. 첫째, 로마규정 입법경과를 보면 자기회부나 그 철회에 대한 논의를 포함하고 있지 않다는 점과 로마규정 자체의 문구를 종합하면 로마규정 기초자들이 당사국들에게 회부의 철회권을 인정한 것으로 보이지 않는다. 둘째, 국제인권관련 조약들을 포함한 국

둘째, 자기회부국이 수사보류를 요청하지 않거나 사건의 재판적격성에 대한 이의제기를 하지 않는다면,<sup>522)</sup> ‘사건에 대하여 관할권을 가지는 제3국’, 또는 ‘피의자 또는 체포영장이나 소환장이 발부된 자’가 제18조 내지 제19조의 구조적 틀 내에서 갖는 역할이 무엇인가의 문제가 발생한다. 먼저, ‘사건에 대하여 관할권을 가지는 제3국’은 ‘수사보류 요청’이나 ‘사건의 재판적격성에 대한 이의제기권’을 모두 행사할 수 있다. 또한 ‘피의자 또는 체포영장이나 소환장이 발부된 자’ 역시 ‘사건의 재판적격성에 대한 이의제기’를 할 수 있다. 그렇지만 ‘피의자 또는 체포영장이나 소환장이 발부된 자’의 이의제기는 사실상 제한될 여지가 있다. 자기회부국이 회부 이후 아무런 국내적 조치도 취하지 않았든지 또는 일부 국내적 조치를 취했지만 제17조의 재판적격성 결정기준을 통과하지 못할 정도인 경우에는 개인이 사건의 재판적격성에 대해 이의를 제기하더라도 성공할 가능성이 없기 때문이다. 또한 로마규정 어디에도 ‘피의자 또는 체포영장이나 소환장이 발부된 자’가 국가에 대해 사건과 관련한 절차를 진행하도록 이를 강제할 수 없다. 이 역시 개인의 이의제기가 사실상 제한될 수 있음을 시사한다. 이러한 점에서 볼 때, 자기회부가 있는 경우 일반적으

---

제적인 관행을 살펴보면, 조약 등에 철회를 명시적으로 규정하고 있지 않더라도 일방적으로 회부를 철회할 권리를 국가에게 부여하고 있지 않다. 마지막으로, 조약문의 통상적인 의미와 그 취지와 목적 등 조약법에관한비엔나협약의 해석원칙에 비추어 볼 때, 국가가 일방적으로 자기회부를 철회한다면 이는 로마규정을 위반하게 된다. 그렇지만, 국가가 사태를 ICC에 회부한 때부터 ICC가 실제로 자신의 관할권을 행사하기 위해 여하한 조치들을 취하기 전까지 자기회부국은 이미 행한 사태의 회부를 철회할 수 있는 여지가 있다. 이 기간에 철회를 하더라도 ICC의 권한을 감소시킨다거나 그 성격에 영향을 미치지 않기 때문이다. 이에 대한 자세한 내용은 V. Seshaiiah Shasthri, *supra* note 16, pp. 387-400 참조.

522) 로마규정 제18조 및 제19조.

로 ICC가 관할권을 행사하게 될 확률이 상대적으로 높을 것이다.<sup>523)</sup>

---

523) Linda M. Keller, *supra* note 15, p. 225.



## 제2절 ICC 관할범죄에 대한 사면과 비형사적 책임추궁

### 1. 문제의 소재

사건에 대하여 관할권을 가지는 국가가 ICC 관할범죄를 범한 자를 국내적으로 사면하는 경우가 발생할 수 있다.<sup>524)</sup> 또한 해당 국가가 진실화해위원회와 같은 비형사적 성격의 책임추궁제도를 통해 ICC 관할범죄를 범한 자에게 책임을 물을 수도 있다.<sup>525)</sup> 그렇다면, 사면이

---

524) 사면이라 함은 국가 원수(元首)가 형사소송법이나 그 밖의 형사법규에 의하지 아니하고 형(刑)의 선고의 효과 또는 공소권(公訴權)을 소멸시키거나, 형의 집행을 면제시키는 것을 말한다. 우리나라의 경우 사면에는 일반사면과 특별사면의 두 종류가 있다. 사면법(법률 제13722호, 2016. 1. 6.) 제2조. 일반사면이라 함은 범죄의 종류를 지정하여 이에 해당하는 모든 범죄인에 대해서 형의 선고의 효과를 전부 소멸시키거나 또는 형의 선고를 받지 아니한 자에 대한 공소권을 소멸시키는 것이다. 이에 대하여 특별사면은 이미 형의 선고를 받은 특정인에 대하여 형의 집행을 면제하여 주는 것을 말한다.

한편, 역사적으로 제1차 세계대전 이전에 사면조항은 평화협정에 포함되는 것이 일반적이었다. 그러나 이러한 관행은 점차 설 자리를 잃어갔고, 제2차 세계대전 직후 전범자 처리를 위해서 뉘른베르그 전범재판소 등이 설립되었다. 그 이후 사면은 주로 내전 등 국내적 무력충돌 상황을 개선하기 위한 평화협상 과정에서 반군지도자들에게 부여하거나 평화적인 정부이양기 동안 이전 정부의 수반들에게 부여함으로써 권력이양을 촉진하거나 화해무드 조성을 위해 사용되었다. Robert Gomez, *supra* note 372, pp. 59-60.

525) 비형사적 책임추궁은 진실위원회(Truth Commission)나 우간다의 Mato Oput과 르완다의 Gacaca와 같은 전통적 책임추궁제도 등을 말하며, 이는 형사책임을 주된 목적으로 하지 않는 책임추궁 제도를 의미한다. 비형사적 책임추궁의 유형과 실례에 대해서는 Gregory S. Gordon, "Complementarity and alternative forms of justice: A new test for ICC admissibility", in Carsten Stahn & Mohamed M. El Zeidy (eds.), *The International Criminal Court and Complementarity - From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011), pp. 752-775 참조. 위의 전통적 책임추궁 제도 중 우간다의 *mato oput* ceremony는 종족간의 갈등을 해소하기 위해 사용된 복합적 갈등해소절차로 반대당파의 구성원들과 '쇠비름科的 화초를 마시는'(drinking the bitter root) 것을 포함하며, 사실확인, 증개, 죄가 있음을 인정하는 것, 그리고 보상 등을 수반한다. *mato oput* ceremony는 범죄자를 공동체로 재통합시키기 위해 활용되었다. Linda M. Keller는 *mato*

나 비형사적 책임추궁제도가 로마규정상 보충성원칙과 부합될 수 있는가? 더 구체적으로 말하자면, 사건에 대해 관할권을 가지는 국가가 ICC 관할범죄를 저지른 자에 대해 위와 같은 사면조치를 행하거나 비형사적인 성격의 책임을 추궁했을 경우, ICC가 보충성원칙에 따라 사건의 재판적격성이 있다는 결정을 내릴 수 있는가? 이 문제에 대해 로마규정은 침묵하고 있다.

사면의 경우, 로마회의 준비위원회 협상과정에서 국가가 행한 사면이 ICC의 기소에 대한 장애요인이 될 수 있는지 여부가 문제되었지만 심각하게 검토되지 않았다.<sup>526)</sup> 이후 로마회의에서 ‘인권위반자들은 기소되어야 한다’는 비정부인권단체들의 압력으로 인해 이 문제는 회피되었고, 그 결과 로마규정은 사면문제에 대해 침묵하게 되었다.<sup>527)</sup>

---

*oput ceremony*를 응보(retribution), 범죄억지력(deterrence), 잘못을 인정하는 윤리적 성명(expressivism), 회복적 정의(restorative Justice)라는 국제형사정의의 4가지 목표의 관점에서 그 효과성을 분석하였는데, *mato oput ceremony*가 ICC 기소보다 expressivism과 restorative justice를 촉진시키는 데에 있어서 더욱 효과적일 것이라고 보고 있다. Linda M. Keller, “The Continuing Peace with Justice Debate: Recent Events in Uganda and the International Criminal Court”, 48 *The University of the Pacific Law Review* 265 (2017), pp. 269, 272–274.

526) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1996, Vol. I (UN Doc. A/51/22), p. 40, para. 174(The view was also expressed that the "exception" to the principle *non bis in idem* [...] should extend beyond the trial proceedings to embrace parole, pardon, amnesty, etc.); Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1998 (UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1), p. 46, Art. 19(Without prejudice to article 18, a person who has been tried by another court for conduct also proscribed under article 5 may be tried by the Court if a manifestly unfounded decision on the suspension of the enforcement of a sentence or on a pardon, a parole or a commutation of the sentence excludes the application of any appropriate form of penalty).

527) John Dugard, “Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commission”, in Antonio Cassese *et al.* (eds.), *The Rome Statute of the*

비형사적 책임추궁의 문제 역시 로마규정 협상 당시 거의 논의되지 않았다. 그리고 사면 등 감면조치(clemency measures)뿐 아니라 일반적인 형사기소에 대한 대체제도(substitutes)도 로마규정 최종초안에 반영되지 않았다.<sup>528)</sup> 그렇지만 많은 학자들과 전문가들은 이러한 형태의 책임추궁제도가 분쟁 이후 과도기 국가의 평화와 화해 증진에 중요한 역할을 할 것이라고 강조하면서 정의와 평화사이의 접점을 모색하고자 했다.<sup>529)</sup>

국가가 ICC 관할범죄 피의자에 대해 국내적으로 사면을 부여하거나 비형사적 성격이 책임을 추궁한 경우, ICC가 이를 어떻게 해석하여 보충성원칙을 적용할 것인지는 매우 중요한 문제가 된다. 분쟁 이후 과도기 국가의 상황에서 그러한 조치나 제도가 화해무드의 조성이나 항구적 평화를 위해 꼭 필요하다고 여겨질 수 있다. 이러한 점에서, ICC가 이러한 국내적 조치들을 인정하지 않을 경우 자칫 ICC에 대한 반감이나 신뢰 저하로 이어질 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 그렇지만 사면이나 비형사적 책임추궁제도는 자칫 ICC 관할범죄자에 대한 불처벌로 이어지거나, 또는 ‘국제범죄에 책임이 있는 자들에 대해 형사관할권을 행사한다’는 로마규정의 취지에 반할 우려도

---

*International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, 2002), p. 700. 로마회의시 미국은 비공식 'nonpaper'를 배포하여, ICC가 관할권 행사여부를 결정할 때 국가가 행한 국내적 사면조치를 고려해야한다고 제안하였지만, 인권위반자들이 처벌을 피하기 위해 사면을 이용할 것이라는 우려때문에 회의참여국들의 지지를 받지 못하였다. Robert Gomez, *supra* note 372, p. 63; Daniela-Anca DETEȘEANU & Svetlana ZASOVA, “Măsurile de amnistie și lupta împotriva impunității: O posibilă reconciliere?”, 2011 *Analele Universitatii din Bucuresti: Seria Drept* 477 (2011), p. 487.

528) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 91.

529) *Supra* note 17.

있다.

이러한 점을 고려하면서, 이하에서는 사면이나 비형사적 책임추궁 제도가 갖는 정책적 함의를 고찰하기 보다는,<sup>530)</sup> 양자가 로마규정의 보충성원칙과 관련하여 어떻게 해석되고 적용될 수 있는지에 대한 법적 측면을 중심으로 논한다.<sup>531)</sup> 한 가지 유의할 점은, 재판 이전 단계에서의 사면이나 비형사적 책임추궁은 로마규정상 보충성원칙과 관계되지만, 재판 이후 단계에서는 주로 일사부재리원칙과 연관된다. 그렇지만 논의의 목적상 여기서는 함께 다루기로 한다.

## 2. ICC 관할범위에 대한 사면

### 2-1. 재판 이전 단계에서 부여되는 사면

관련 국가가 ICC 관할범위를 범한 자에게 사면을 부여함으로써 국내적으로 어떠한 수사적 조치도 취할 수 없다면, 이는 국가의 ‘부작위’ 상황에 해당하므로 ICC에서의 사건의 재판적격성이 인정될 수 있다.<sup>532)</sup>

사면이 해당 국가의 최초 수사적 조치 이후 재판의 종결 이전에 이루어진다면, 의사부재나 능력부재에 해당될 가능성이 높다.<sup>533)</sup> 예를

---

530) 국가의 사면조치에 대한 소추관의 광범위한 판단재량이 갖는 여러 문제와 이에 대한 대안으로는 Robert Gomez, *supra* note 372, p. 65 이하 참조

531) 사면을 비형사적 책임추궁의 한 유형으로 분류하는 견해도 있다. Gregory S. Gordon, *supra* note 525, pp. 752-775. 그렇지만, 이하에서는 논의의 편의상 양자를 구분하여 고찰하기로 한다.

532) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 264.

533) Robin Murphy, *supra* note 17, pp. 45-46; Christine van den Wyngaert & Tom Ongena, *supra* note 206, p. 726. 또한 ICC 소추부는 ‘전체적인 절

들어, 재판의 종결 이전에 한 국가의 행정부나 입법부가 ICC 관할범죄에 대해 사면을 부여한다면, 설령 해당자에 대한 수사를 종료하였더라도 그 국가는 ‘기소하지 아니하기로 결정’할 것이다. 이러한 상황에서 내려진 불기소결정은 해당자를 형사책임으로부터 보호할 목적으로 이루어진 것으로 볼 여지가 있다.<sup>534)</sup> 이와 관련하여 최태현 교수에 따르면, 승계정부가 선행정부의 잔학행위 범죄자들을 사면 등으로 재판에 회부할 의사가 없는 경우 ICC가 개입하여 기소할 수 있다는 점에서, 로마규정이 ICC 관할범죄와 관련한 사면문제의 불확실성을 치유하고 있다고 한다.<sup>535)</sup>

한편, 사면을 부여한 중국적인 목적이 적대행위의 종료나 정권이양을 위한 것이라 하더라도 해당자에 대한 보호 목적이 당연히 배제되지 않는다.<sup>536)</sup> 그런데 국가가 무력충돌 당사자와 평화협정을 체결하기 위한 목적으로 처벌대상자에게 일시적으로 사면조치를 행한다면 상황은 달라진다. 이러한 경우 국가의 절차가 ‘부당한 지연’에 해당할

---

차의 진정성에 의구심을 가져오는 방식으로 절차가 진행된 이후에 사면(amnesties, pardons)이나 극히 부적절한 형의 선고가 내려진 경우’에 대해 그 자체로는 ‘의사부재’에 해당한다는 충분한 증거가 될 수 없지만, 정황상 다른 요소들과 함께 고려될 때 ‘의사부재’와 관련될 수 있는 유형의 하나로 제시하고 있다. ICC-OTP, *supra* note 71, Annex 4, p. 31. 이러한 경우, 소추관은 유사행위에 대한 통상적인 국가관행을 고려하여 판단할 수 있을 것이다. John T. Holmes, *supra* note 45, p. 679.

534) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 264.

535) 최태현, *supra* note 12, p. 110.

536) 그러나 Carsten Stahn에 따르면, ‘평화를 위한 (준)사면조치’ - 사실상의 자유형을 배제하기 위해 재판 이후의 처벌이나 제재가 명목상 최소한도로 경감되거나 정지되는 등 - 가 ICC에서의 절차로부터 범죄자를 반드시 ‘보호’하는 것은 아니라고 한다. Carsten Stahn, “Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretive Guidelines for the International Criminal Court”, 3 *Journal of International Criminal Justice* 695 (2005) p. 714; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 68.

여지가 있다<sup>537)</sup>. 그렇지만, 이러한 부당한 지연이 ‘상황에 비추어 해당자를 처벌하려는 의도와 부합되지 않아야’ 하는데, 평화협상을 위해 일시적으로 사면을 부여하였고 추후에 형사처벌을 한다면 처벌의도와 부합될 수 있다.<sup>538)</sup> 그러나 사면조치가 형사처벌을 영구적으로 배제하는 것이라면 ICC에서의 사건의 재판적격성이 인정될 가능성이 높다.<sup>539)</sup>

또한 국가의 행정부나 입법부의 사면 결정에 대해 법원이 재검토하거나 거부할 권한이 있음에도 이를 행하지 않았다면 ‘절차가 독립적이거나 공정하게 수행되지 않은 경우’(제17조 제2항 c호)에 해당할 여지도 있다.<sup>540)</sup> 만일 수사·기소·재판 기관이 국내법에 의해 사면조치를 취해야 하는 경우 국가사법제도의 ‘이용불능’에 해당되고 이로 인해 피의자나 필요한 증거 등을 확보할 수 없게 된다면, 이는 ‘능력부재’에 해당할 수도 있다.<sup>541)</sup>

## 2-2. 재판 종결 이후에 부여되는 사면

피고인이 국내재판에서 유죄선고를 받은 이후에 해당 국가에 의해 사면을 부여받는 경우, 이러한 국가의 사면조치가 ‘불처벌의 종식’이라는 로마규정의 취지와 목적에 부합하는가의 문제가 제기된다. 일사부재리원칙을 규정하고 있는 제20조 제3항은 이 점에 대해서 중대한

---

537) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 265.

538) *Ibid.*

539) *Ibid.*

540) *Ibid.*

541) *Ibid.*; Kai Ambos, *supra* note 222, p. 82; Robin Murphy, *supra* note 17, pp. 45–46.

법적 공백에 처할 수 있다.<sup>542)</sup> 이러한 문제를 해소하기 위한 제안이 준비위원회에서 제기되었고 로마회의에서 고려되었지만, 행정적 또는 집행적 의사결정에 ICC가 개입할 가능성이 있다는 많은 국가들의 우려로 반대에 부딪혀 최종적으로 포함되지 못했다.<sup>543)</sup>

이에 대해, 다음과 같은 여러 가지 견해가 제시된 바 있다.

첫째, 절차진행 상 흠결 문제를 다루고 있는 제20조 제3항은 피고인에 대한 유죄판결 이후에 이루어진 사면조치들에 대해서까지 영향을 미치지 않는다.<sup>544)</sup> 이 조항의 취지는 피고인의 보호목적 하에 또는 독립성과 공정성이 결여된 상태에서 국내법원 등 다른 재판소에서 재판이 이루어진 것이 아니라면 ICC가 재판할 수 없다는 것이다.

둘째, 재판 종결 이후 사면을 부여한 것이 형사책임으로부터 해당자를 보호하기 위한 것임을 증명하기 곤란하다는 점에서 이러한 경우 재판적격성을 인정할 가능성이 거의 없다.<sup>545)</sup>

셋째, ICC 관할범죄에 대한 사면은 관습국제법상 금지되므로, 그러한 사면은 무효이고 ICC가 구속받지 않는다.<sup>546)</sup>

넷째, 사면으로 형선고의 효력이 상실되지만 전체 형사절차에는 영향을 미치지 않는 경우, 의사부재나 능력부재에 해당할 만한 흠결이 없으므로 사건의 재판적격성이 부정될 여지가 있다.<sup>547)</sup>

---

542) Christine van den Wyngaert & Tom Ongena, *supra* note 206, pp. 726–727.

543) John T. Holmes, *supra* note 366, p. 60.

544) Christine van den Wyngaert & Tom Ongena, *supra* note 206, p. 727; F. Razesberger, *supra* note 12, pp. 43–45.

545) Kai Ambos, *supra* note 222, p. 60.

546) Christine van den Wyngaert & Tom Ongena, *supra* note 206, p. 727.

547) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 267.

한편, 제노사이드, 제네바협약의 중대한 위반, 고문의 경우를 제외한 여타 국제범죄에 대해 국가가 사면을 부여하는 것을 금지하는 확립된 원칙이나 관행은 없는 것으로 보인다는 일부 주장이 있다.<sup>548)</sup> 그러나 지난 2019년 4월 5일자 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 결정에서 전심재판부가 취하고 있는 태도는 이와 상반된다.<sup>549)</sup> 전심재판부는 광범위한 국제판례를 분석한 뒤,<sup>550)</sup> 그 성격상 인도에 반한 죄에 해당할 수 있는 ‘중대하고 체계적인 인권 위반’은 국제법상 사면(amnesties or pardons)의 대상이 아니라는 강력하고 점차 증대하며 보편적인 경향이 있다고 보았다.<sup>551)</sup> 따라서,

“인도에 반한 죄를 구성하는 살해와 같은 심각한 행위에 대해 사면을 부여하는 것은 국제적으로 승인된 인권과 부합하지 않는다는 결론에 다다른다. 사면은 핵심범죄를 범한 자들을 수사하고, 기소하며, 처벌할 국가들의 적극적인 의무를 방해한다. 게다가, 사면은 피해자들의 진실에 관한 권리, 정의에 대한 접근권, 그리고 적절한 경우 배상을 청구할 권리를 부인한다.”<sup>552)</sup>

전심재판부의 위와 같은 견해는 사면을 - 판결 선고 전·후를 불문

548) John Dugard, *supra* note 527, p. 699; Daniela-Anca DETEȘEANU & Svetlana ZASOVA, *supra* note 527, pp. 477-485; Paul Bradfield, “Reshaping Amnesty in Uganda”, 15 *Journal of International Criminal Justice* 827 (2017), p. 844.

549) ICC에서 사면 문제를 직접 다룬 것은 이 결정이 처음인 것으로 보인다.

550) ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, “Decision on the ‘Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’”, ICC-01/11-01/ 11-662, 2019. 4. 5., paras. 62-76.

551) *Ibid.*, para. 61.

552) *Ibid.*, para. 77.



하고 - 전면적으로 부정하고 있는 것으로 보인다. 위 사건에서 Gaddafi측은 그가 2015년 7월 28일 리비아 국내법원의 1심 판결에서 사형을 선고받았지만, 이후 리비아의 ‘2015년 사면법’(Law No. 6 of 2015)에 의해 2016년 4월 12일 석방되었다고 주장하였다. 그런데 전심재판부는 Gaddafi에 대해 사면을 부여하는 것은 국제적으로 승인된 인권을 포함한 국제법과 양립할 수 없다고 결론지었다. 또한 ‘2015년 사면법’은 (ICC와 리비아 정부에 의해 여전히 체포되지 않은) Gaddafi가 체포된 이후 그에 대한 재판절차가 속개되는 것을 방해할 수 있고, 본안에 대한 종국판결<sup>553)</sup>을 통해 유죄가 선고되더라도 처벌을 가로막을 수 있을 뿐만 아니라 피해자들에게 적용가능한 권리를 부인할 수 있다는 점에서 부정적인 결과를 초래할 것이라고 전심재판부는 판단하였다.<sup>554)</sup> 그렇지만, 위의 전심재판부의 입장에는 가령 해당 국

---

553) 이 사건의 전심재판부는 ‘a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3’은 기판력(*a res judicata effect*)을 가진 판결, 즉 본안판단을 통해 최종적인(final) 유죄 또는 무죄선고로 종결된 재판, 다시 말해서 ‘본안에 대한 종국 판결’을 의미한다고 보았다. 이에 대한 자세한 내용은 *Ibid.*, paras. 36-47 참조. 전심재판부는 이어서 현 사건에서 Gaddafi가 2015년 7월 28일 Tripoli 형사법원에서 공판 후 유죄선고를 받았지만, 원칙적으로 여전히 과기원(The Court of Cassation)에 상소를 제기할 수 있다는 점, 그리고 1심 판결은 궤석상태(*in absentia*)에서 선고되었는데 리비아 법률에 의하면 해당자가 체포되면 재판이 새로이 개시되어야 한다는 점에서 볼 때, 최종적인 유죄 판결로 볼 수 없다고 하였다. *Ibid.*, paras. 48-53. 이 사건의 변호인측은 추가적으로 2015년 통과된 법률 제6호(Law No. 6 of 2015; 일반적인 의미의 사면법)가 Gaddafi에 대한 추가적인 형사절차를 조건부로 중단시켰으며, 또한 앞의 법률이 그에 대한 형의 선고도 실효적으로 정지시켰으므로 위 법률에 의해 리비아 국내법원의 1심판결은 종국적인 것이라고 주장하였다. 그러나 전심재판부는 그 법률이 국내적으로 유효하게 시행되었는지 여부와 상관없이 그리고 설령 그 법률이 사법절차를 종료시켰다고 하더라도, 적어도 Gaddafi에 대해서는 적용되지 않는다고 보았다. 왜냐하면 국내기소의 대상인 Gaddafi에게 귀속되는 살해나 부패를 포함한 범죄들은 위 법률상 사면의 적용 대상이 아니기 때문이다. *Ibid.*, paras. 54-59.

554) *Ibid.*, para. 78.

가가 실제 사면조치를 행한 경우, 제17조 또는 제20조 제3항의 어떠한 사유를 근거로 재판적격성을 인정할 것인지에 대해서는 언급하고 있지 않다. 앞서 살펴본 바와 같이 사안별로 판단해야 할 것이다.

### 3. ICC 관할범죄에 대한 비형사적 책임추궁

진실화해위원회와 같은 비형사적 책임추궁절차도 로마규정에 반영된 보충성원칙과 부합될 수 있는지 여부가 문제된다. 로마규정이 형사처벌을 전제하고 있다는 것이 명확하다면 비형사적 책임추궁절차는 이 범주에서 제외되므로 본질적으로 보충성원칙과 조화를 이루기 어렵다. 따라서 관련 국가가 이러한 절차를 진행하고 있다고 해서 ICC에서의 재판적격성이 부정될 여지는 거의 없어 보인다. 그렇지만, Frank Meyer에 의하면 여전히 논쟁의 여지가 남아있다.

“비형사적 제재가 국제정의를 회피하는 것도 사면을 가장하기 위한 기능을 하는 것도 아니다.<sup>555)</sup> 비형사적 제재조치도 진실을 규명하고 개인에게 책임을 부가한다는 점에서 최소한의 국제적인 정의 기준을 충족시킨다.<sup>556)</sup> 따라서, 비형사적 제재조치는 불처벌과 동일시되어서는 안 되며, 오히려 국제정의를 집행하기 위한 대안적인 수단으로 보아야 한다.<sup>557)</sup> 이는 “이러한 범죄를 범한 자들이 처벌받지 않는 상태를 종식시키고, 이를 통하여 그러한 범죄의 예방에 기여”<sup>558)</sup>할 ICC의 책무와도 어울린다.”<sup>559)</sup>

---

555) Frank Meyer, *supra* note 37, p. 556.

556) *Ibid.*, p. 557.

557) *Ibid.*, p. 558.

558) 로마규정 전문 제5항.

559) Frank Meyer, *supra* note 37, p. 558. V. Seshaiiah Shasthri는 평화를 위

이하에서는 진실화해위원회와 보충성원칙의 관련성을 중심으로 몇 가지 쟁점을 살펴보기로 한다.

### 3-1. 견해의 대립

#### 가. 사건에 대한 ‘수사’의 의미

로마규정상 재판적격성 평가의 대상인 사건에 대한 ‘수사’가 ‘범죄 수사’(criminal investigation)만을 가리키는 것인지의 여부에 대해서 견해가 대립되고 있다.

첫째, 여기서의 ‘수사’는 ‘범죄수사’만을 의미한다는 견해가 있다.<sup>560)</sup> 이 견해에 따르면, 보충성원칙을 규정하고 있는 제17조 제1항 a호 및 b호는 ‘국가형사관할권을 보충한다’(전문 제10항 및 제1조)는 문구와 ‘ICC 관할범죄에 대한 형사책임으로부터 해당자를 보호할 목적으로 절차가 취해졌거나’(제17조 제2항 a호)라는 구절과 결부되어 해석될 필요가 있다고 한다(밀줄 강조). 또한 이 견해에 따르면, 후자의 구절에서 언급하고 있는 ‘절차’는 제17조 제1항의 ‘수사’ 및 ‘기소’를 포괄하는 의미라고 한다.

---

해 사면이나 망명을 부여하는 것이 곧 책임추궁과 시정조치의 부재와 다름없다고 하는 것은 잘못된 오해이며, 이는 국내적 또는 국제적 기소보다 덜 침해적인 책임추궁제도와 결부될 수 있다고 한다. 또한, 진실위원회와 같은 제도들은 정의가 달성하고자 하는 많은 것들을 포함하고 있는데, 예방, 억제, 처벌, 재건이 그것이다. V. Seshaiyah Shasthri, *supra* note 16, pp. 388-389.

560) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, pp. 269-272. Markus Benzing은 ‘수사’가 ‘범죄수사’보다 넓은 개념인지 여부에 대해 ‘의심스럽다’(questionable)고 표현하고 있다. Markus Benzing, *supra* note 32, p. 602. 한편, *Germain Katanga* 사건에서 상소심재판부는 ‘형사절차’(criminal proceedings)를 명시적으로 언급하고 있다. *Katanga* Admissibility Judgment, para. 85.

둘째, 사건의 ‘수사’에 ‘진실화해위원회의 조사’와 같이 범죄수사 이외의 것을 포함한다는 견해가 있다. 이 견해에 의하면, 제17조에는 어떠한 형태의 수사가 요구되는지 명시하지 않고 있으며, 어떠한 시나리오 하에서는 범죄수사가 불필요할 것이라고 한다.<sup>561)</sup> 또한 이 견해에 의하면, 로마규정의 관련 조문에서 수사를 기소와 구별하면서 고전적인 의미의 ‘범죄’수사일 것을 요구하지 않는다고 한다.<sup>562)</sup> 특히 Carsten Stahn은 다음과 같이 자신의 입장을 밝히고 있다. 즉 ‘재판적 격성을 형사절차에 국한시키는 해석은 로마규정에 없는 구별을 추가한다는 점에서 문제가 있다. 로마규정 제17조 제1항 a호와 b호는 전형적인 범죄수사뿐 아니라 여타 형태의 수사, 즉 진실화해위원회의 조사 등에도 적용된다고 보는 것이 더 설득력 있다. 동시에 로마규정 제17조 제1항 a호와 b호는 제17조 제2항 b호와 c호의 ‘해당자를 처벌하려는 의도’라는 추가적인 요건과 완전히 분리해서 해석될 수 없다. 이 경우, 사실관계에 대한 완전하고 실효적인 조사 이후에 사면을 거부할 권한을 가진 남아프리카공화국의 진실화해제도와 같이, 대안적 책임추궁기관이 절차 종료 후에 사법적인 기소를 권고할 권한을 가진다면 ‘해당자를 처벌하려는 의도’라는 요건은 충족될 것이다.’<sup>563)</sup>

#### 나. 로마규정이 형사처벌만을 전제하고 있는지 여부

561) Frank Meyer, *supra* note 37, p. 566; Robert Gomez, *supra* note 372, p. 64.

562) 로마규정 제17조 제1항 a호 및 b호.

563) Carsten Stahn, *supra* note 536, pp. 710–712. 남아프리카공화국의 진실화해위원회에서는 사면신청자 7천여명 중 10%만이 형사제재로부터 면제되었다고 한다. *Ibid.*, p. 712 note 65. 또한 Kai Ambos, *supra* note 222, p. 70; John Dugard, *supra* note 527, pp. 700–703 참조.

그 다음으로 ‘해당자를 처벌하려는 의도’<sup>564)</sup>라는 문구에서 ‘처벌’이라는 용어의 의미가 반드시 형사처벌을 의미하는 것인지 여부에 대해서도 견해가 나뉜다.

첫째, 여기서의 ‘처벌’의 의미가 반드시 ‘형사’처벌이라고 할 수 없다는 주장이 있다.<sup>565)</sup> 이 견해에 의하면, 진실화해위원회의 절차에 따른 비형사적 처벌도 가능하므로 그렇게 한다고 하여 반드시 처벌할 의도와 부합되지 않는 것은 아니라고 한다.

둘째, 로마규정의 취지와 목적이 ‘국제공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄의 실효적 기소’라는 점에 비추어 볼 때, ‘해당자를 처벌하려는’이라는 문구는 ‘해당자를 처벌하기 위해 재판하려는’이라고 해석해야 한다는 견해가 있다.<sup>566)</sup>

셋째, 로마규정의 취지와 목적이 ‘불처벌을 종식시키는 것’이라는 점에서 ‘해당자를 처벌하려는’이라는 문구는 ‘누군가에게 책임을 물으려는’(the intent to hold somebody accountable)을 나타내는 것이라고 보는 견해도 있다.<sup>567)</sup> 이러한 견해에 따르면, 해당자를 ‘처벌’한다는 것은 ‘형사처벌’을 의미하게 된다.

#### 다. 다른 재판소에서의 ‘재판’에 비형사적 성격의 절차도 포함되는지 여부

한편, 일사부재리원칙을 언급하고 있는 로마규정 제20조 제3항에 대

---

564) 로마규정 제17조 제2항 b호 및 c호.

565) Carsten Stahn, *supra* note 536, pp. 715–716.

566) Jann K. Kleffner, *supra* note 12, p. 271.

567) Kevin Crow, “The Merits or the Messenger?: Complementarity and the Referral Process in the ICC’s Application of Article 17”, 26 *Journal of Transnational* 53 (2016–2017), p. 69.

해 비형사적 성격의 절차가 적용되는지 여부에 대해서도 견해가 대립된다.

먼저 이를 부정하는 견해에 따르면 첫째, ICC 관할범죄에 해당하는 행위에 대하여 다른 재판소에서 ‘재판받은’ 경우 ICC가 재차 재판할 수 없는데,<sup>568)</sup> 여기서의 재판은 ‘형사재판’을 의미하며, 둘째, 진실화해위원회는 통상적인 의미의 ‘법원’으로 볼 수 없다고 한다. 또한 이 견해에 따르면, 설령 진실화해위원회를 ‘법원’으로 볼 수 있는 여지가 있다고 하더라도,<sup>569)</sup> 진실화해위원회가 주로 ‘비형사적인 성격’의 절차를 진행한다는 점에서 재판적격성 결정에 영향을 미칠 가능성이 높지 않다고 한다.<sup>570)</sup>

반면, 이를 긍정하는 견해에 의하면, 제20조 제3항은 같은 조 제2항과 달리, ‘이미 유죄 또는 무죄판결을 받은’이라는 문구가 생략되어 있어 다른 형태의 중국적인 결정에 대한 용인으로 볼 여지가 있으며, 국가사법제도의 특이성이 고려될 수 있음을 시사하고 있다고 한다.<sup>571)</sup>

---

568) 로마규정 제20조 제3항 : “[...] 다른 재판소에 의하여 재판을 받은 자는 누구도, [...] 동일한 행위에 대하여 ICC에 의하여 재판받지 아니한다.”

569) 남아프리카공화국의 진실화해위원회의 경우, 準재판기관의 특징을 띠고 있다. 즉 절차규칙, 공개심리, 증인심문, 범죄피의자 소환권, 구속력있는 결정을 내릴 권한을 보유하고 있다. 최태현 교수는 남아공의 진실화해위원회가 진실에 기초하여 자백을 한 자에 대하여 사면을 행한 것에 대해 ‘국제법상 국가의 기소의사부재에 해당되지 않는 가장 이상적인 모델로 널리 지지 받아왔다’고 한다. 최태현, *supra* note 12, p. 111.

570) Christine van den Wyngaert & Tom Ongena, *supra* note 206, p. 727 (‘진실화해위원회에서의 ‘재판’은 로마규정 제20조에서 말하는 ‘재판’으로서 볼 수 없다. 따라서 ICC는 사면을 부여받은 자들 – 이러한 사면이 진실화해위원회의 절차로부터 발생한 것이라고 하더라도 – 을 재판할 수 있다’); John Dugard, *supra* note 527, p. 702; Robert Gomez, *supra* note 372, p. 65; Daniela-Anca DETEȘEANU & Svetlana ZASOVA, *supra* note 527, pp. 487-488.

571) Frank Meyer, *supra* note 37, p. 558.

그밖에, 진실화해위원회의 절차를 거쳐 부여된 사면조치는 일사부재리원칙이 아니라 ‘정의의 이익’의 관점에서 평가되어야 한다는 주장도 있다.<sup>572)</sup> 이 견해에 따르면 소추관이 관련 사건을 평가할 때, 기소가 ‘정의의 이익’(the interest of justice)에 도움이 되는지 여부가 판단될 필요가 있다고 한다.<sup>573)</sup> 예를 들어, Kai Ambos는 수사의 개념이 범죄수사에 한정되지 않더라도 최소한 형사기소를 위한 목적이어야 한다고 전제하면서, 비형사적 책임추궁절차에 대한 평가를 ‘정의의 이익’<sup>574)</sup>의 틀 내에서 하는 것이 더 적절하다고 말하고 있다. 또한 John Dugard에 따르면, 진실화해위원회가 일정한 요건 하에 조건부 사면을 부여한 경우, 소추관이 ‘정의의 이익’을 고려하여 불기소처분을 하거나 ICC 자체가 사면을 부여받은 자에 대해 감형을 하는 것도 좋은 방법이라고 한다.<sup>575)</sup>

---

572) 다시 말해서, 로마규정 제20조가 아니라 제53조 제1항 c호 내지 제2항 c호에 따라 판단해야 한다는 것이다.

573) Christine van den Wyngaert & Tom Ongena, *supra* note 206, p. 727; Robert Gomez, *supra* note 372, p. 69. 유사한 입장으로 Kai Ambos, *supra* note 222, p. 62. 그는 수사의 개념이 범죄수사에 한정되지 않더라도 최소한 형사기소를 위한 목적이어야 한다고 주장하면서, 비형사적 책임추궁절차에 대한 평가를 로마규정 제53조 제1항 c호와 제2항 c호의 틀 내에서 하는 것이 더 적절하다고 말하고 있다. 또한 Daniela-Anca DETEȘEANU & Svetlana ZASOVA도 로마회의시 사면조치에 대한 합의가 도출되지 않자, 사면조치에 대한 매우 일반적인 (암시적) 언급이 로마규정 제53조 제1항 c호에 반영되어 있다고 한다. Daniela-Anca DETEȘEANU & Svetlana ZASOVA, *supra* note 527, p. 487. 그러나 사면을 부여하는 것은 정치적인 행위이며, 법적 의미에서 “정의”의 문제는 관련성이 없다는 견해도 있다. Mahnouch H. Arsanjani, “Reflections on the Jurisdiction and Trigger Mechanism of the International Criminal Court”, in Herman A.M. von Hebel *et al.* (eds.), *Reflections on the International Criminal Court* (T.M.C. Asser Press, 1999), p. 76.

574) 로마규정 제53조 제1항 c호 및 제2항 c호.

575) John Dugard, *supra* note 527, p. 703.

### 3-2. 평가 및 대안

로마규정이 본질적으로 예정하고 있는 것이 ‘형사’재판이라는 점에서 ‘비형사적 성격’의 책임추궁제도는 로마규정과 조화될 수 없다고 보는 것이 바람직하다. 로마규정이 형사처벌하고자 하는 대상은 ‘국제 공동체 전체의 관심사인 가장 중대한 범죄’를 범한 자들이다. 이들에 대해 로마규정이 예정한 형사처벌을 부과하지 않고, 비형사적 책임을 추궁한다는 것은 로마규정의 취지와 목적에 반할 여지가 있기 때문이다. 다만 ICC가 다루고 있는 사태나 사건의 관련 국가들이 여전히 분쟁이 종식되지 않았거나 과도기적 상황에 있다는 점 역시 고려될 필요가 있다. 그러한 점에서 비형사적 책임추궁을 주장하는 학자들과 전문가들이 ‘평화’를 위해 ‘정의’를 다소 탄력적으로 해석하고자 한 시도도 일면 이해될 수 있다. 그렇더라도 이러한 접근방식은 로마규정의 본질적 목적에 위배될 가능성이 높다.

이러한 인식하에 비형사적 성격의 책임추궁제도는 로마규정상 보충성원칙과의 관계에서 다음과 같이 해석될 필요가 있다.

첫째, ICC 사건의 대상인 개인들에 대해서는 형사처벌 외에 어떠한 다른 유형의 처벌도 고려되지 않아야 한다. 예컨대, Manisuli Ssenyonjo는 ‘우간다의 전통적 책임추궁제도인 Mato Oput은 가장 중대한 범죄에 대한 불처벌을 허용하지 않는 국제법을 충족시키지 못한다. 따라서 Mato Oput은 ICC 관할범죄에 대해 책임 있는 자들을 처벌할 수 없으며, 인도에 반한 죄의 범죄자, 조직자(기획자), 그리고 후원자들을 처벌할 수도 없다. 또한 그러한 범죄의 실행을 직접 명령한 자들이 형사책임을 추궁당하지 않을 것이므로, Mato Oput이 장래의



범죄의 실행을 예방하거나 근절하는 데 기여하기 어려울 것'이라 주장하고 있다.<sup>576)</sup>

다만 ICC 관할범죄를 범한 개인들이 여전히 분쟁의 최고 책임자로서 '평화협상'을 이끌어 냈거나 또는 그러한 과정에 지대한 노력을 하였다는 점이 확인되거나 인정된다면, 이를 고려할 필요가 있다. 즉 국내법원이든 ICC이든 최종 형의 선고 시에 이들에 대해 '감형'을 하는 등 사법적 고려를 할 필요가 있다.<sup>577)</sup> 이는 평화와 정의 모두를 위한 적절한 타협책이자 ICC의 설립취지와 부합될 수 있기 때문이다.<sup>578)</sup> 예컨대, 우간다 사태의 중심에 있는 반군 LRA 지도자 Joseph Kony의 경우, 보충성원칙의 관련 기준을 충족하기 위해서는 우간다 사법기관에 의한 '형사처벌' 외에 뚜렷한 대안이 없는 것으로 보인다. 다만 Joseph Kony가 우간다 지역의 최종적인 분쟁 해결을 위해 우간다 정부와 평화협정을 체결하고, 이것이 유엔 안전보장이사회 등 국제사회로부터 그 진정성을 인정받게 된다면, ICC에서든 아니면 우간다 사법기관에 의해서든 Joseph Kony에 대해 '감형'을 부과하는 것도 고려해 볼만 하다. 이와 관련하여, ICC의 절차및증거규칙에 두 가지 감형 사유가 규정되어 있다.<sup>579)</sup> 이러한 감형사유에는 유죄선고를 받은 자

---

576) 이에 대한 자세한 내용은 Manisuli Ssenyonjo, "The Rise of the African Union Opposition to the International Criminal Court's Investigations and Prosecutions of African Leaders", 13 *International Criminal Law Review* 385 (2013), pp. 373-375 참조.

577) Robin Murphy, *supra* note 17, p. 51.

578) *Ibid.*

579) 절차및증거규칙 제145조 제2항

2. In addition to the factors mentioned above, the Court shall take into account, as appropriate:

(a) Mitigating circumstances such as:

(i) The circumstances falling short of constituting grounds for

가 ‘ICC에 협조’한 경우도 포함된다. Robin Murphy에 따르면, 분쟁의 평화적 해결에 기여한 바가 인정되는 경우 이를 넓은 의미에서 ‘ICC에 협력’한 경우로 볼 수 있다고 한다.<sup>580)</sup> 그렇지만 조문 내용의 명확성을 기하기 위해 ‘유죄선고를 받은 자가 분쟁의 평화적 해결에 지대한 공헌을 한 것이 국제사회로부터 인정되는 경우’를 a-iii호로 추가하는 것도 고려해 볼 만 하다.

둘째, 진실화해위원회가 범죄 수사나 기소를 할 수 있는 권한까지 함께 보유하는 경우에 한해 로마규정 제17조의 보충성원칙을 충족시킬 여지가 있다.<sup>581)</sup> 왜냐하면, 로마규정의 취지와 목적은 ICC 관할범죄를 범한 자가 처벌되지 않는 상태를 종식시키는 것이며, 여기서의 처벌은 형사처벌을 의미하는 것으로 해석되기 때문이다. 그리고 사건에 대해 관할권을 가지는 국가가 로마규정에 반영된 보충성원칙을 충족시키기 위해서는 관련자에 대한 ‘범죄수사’나 ‘형사기소’가 이루어져야 하기 때문이다.

다만 이러한 경우에도 ICC 사건 대상자에 대한 사면조치는 인정되지 않아야 한다. Manisuli Ssenyonjo에 따르면, 우간다 사태에서 ICC가 Joseph Kony를 상대로 체포영장을 발부하였기 때문에 Joseph Kony가 평화협상에 임하게 되었다고 한다. 이러한 점에 비추어, 그는 평화협정 체결 여부와 상관없이 LRA 지도자들에 대해 ICC가 계속해

---

exclusion of criminal responsibility, such as substantially diminished mental capacity or duress;

- (ii) The convicted person conduct after the act, including any efforts by the person to compensate the victims and any cooperation with the Court;

580) Robin Murphy, *supra* note 17, p. 51.

581) *Ibid.*, p. 49.

서 기소절차를 진행해야 한다고 주장하고 있다. 즉 그는 평화협상을 조건으로 ICC 관할범죄를 범한 가장 책임 있는 자에게 사면이 부여되어서는 안 된다는 입장을 취하고 있다.<sup>582)</sup> 그밖에 Robin Murphy는 사면을 부여받지 못한 자들이나 사면 신청을 하지 않은 자들 중에서 기소할 사건들을 선별하는 것은 로마규정과 부합한다고 하면서도, ‘가장 중대한 범죄에 대해 책임있는 자들은 사면 대상에서 제외되어야 한다’는 입장을 밝히고 있다.<sup>583)</sup>

마지막으로, 일반적인 비형사적 책임추궁절차는 ICC 사건 대상자가 아니라 상대적으로 덜 책임 있는 범죄피의자들의 원 소속 사회로의 복귀, 화해, 진실 발견 등을 위해 활용되는 것이 바람직하다. 이와 관련하여, Robin Murphy는 가장 중대한 범죄에 대해서는 재판을 받게 하고, 대부분의 분쟁해결은 진실화해위원회가 담당하도록 하자는 의견을 제시한 바 있다.<sup>584)</sup> 또한 Cedric Ryngaert과 Lauren Gould에 따르면, ‘우간다의 Mato Oput 등 전통적 사법메커니즘이 ICC의 보충성요건을 충족시킬 수 있는지 의문이다. 또한 이러한 메커니즘은 주로 ‘상대적으로 낮은 지위의 범죄자들’(lower-level perpetrators)을 대상으로 적용된다는 점에서 ‘가장 책임 있는 자들’을 처벌하고자 하는 ICC가 이들을 기소할 필요가 없어 보충성원칙도 문제되지 않을 것’이라고 한다.<sup>585)</sup> 한편 *Dominic Ongwen* 사건에서 우간다 검찰총장은

---

582) Manisuli Ssenyonjo, *supra* note 576, pp. 369–373.

583) Robin Murphy, *supra* note 17, pp. 47–48.

584) *Ibid.*, p. 50

585) Cedric Ryngaert & Lauren Gould, “International Criminal Justice and Jus Post Bellum – The Challenge of ICC Complementarity: A case-study of the situation in Uganda”, *Revue Belge De Droit International* 91 (2011), pp. 103–107.

반군 LRA의 지도자가 아니거나 ICC의 체포영장 발부대상자가 아닌 LRA 구성원들에 대해서는 Mato Oput과 같은 비형사적 책임추궁이 가능하다고 주장한 바 있다.<sup>586)</sup>

---

586) Linda M. Keller, *supra* note 525, p. 281.

## 제6장 결 론

로마규정은 주권국가의 동의를 바탕으로 채택되었지만, 로마규정 안에는 국가의 주권을 제약하고 ICC가 관할권을 행사할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 특히 보충성원칙은 ICC 관할범죄에 대한 국가의 일차적 관할권 행사를 인정하면서도 일정한 경우 그 제약 가능성을 내포하고 있다. 이러한 보충성원칙의 양면적 성격은 자칫 ICC 관할범죄에 대한 수사나 기소를 둘러싸고 국가와 ICC 간 첨예한 긴장 내지 대립관계로 이어질 수 있다. 따라서 보충성원칙의 성공적 운영이야말로 ‘국제사회의 상호 공존’을 위한 핵심적 기제가 될 수 있는 것이다. 이러한 인식하에 이 논문에서는 로마규정에 반영된 보충성원칙의 규범적 의미를 검토한 후 이것이 ICC 사건에서 어떻게 구현되어 왔는지 규명하고자 하였다. 또한 보충성원칙이 적용되는 중심 관점을 범규범으로서의 보충성원칙의 원칙에 입각한 적용과 ICC와 국가 사이의 조화로운 관할권 행사에 두고 논의를 전개하였다.

보충성원칙은 국가와 ICC 사이의 관할권 행사의 역학관계를 결정 짓기 위한 기준으로서 로마규정의 상이한 절차적 단계에서 동태적으로 반영되어 있다. 로마규정은 보충성원칙의 성격상 국가의 일차적 관할권 행사를 우선적으로 염두에 두고 있으면서, 동시에 로마규정의 취지와 목적에 비추어 다양한 견제장치도 함께 마련하고 있다.

첫째, 수사 개시 이전단계에서 ICC가 행하는 재판적격성 평가는 관할권을 가진 국가들의 이의제기를 선제적으로 회피하고자 하는 일종의 ‘자기 규제적 절차’(self-regulating procedure)로 볼 수 있다. 이 단계에서는 소추관의 재판적격성 판단에 대해 전심재판부가 관여하고

있기 때문에 사법적 통제장치가 잘 갖추어져 있다고 볼 수 있다.

둘째, 재판적격성에 대한 예비결정 단계에서 이루어지는 소추관의 수사 개시 결정 통지와 국가의 수사보류 요청은 국가의 관할권 행사에 대한 존중 내지 우선성을 반영하고 있다. 그렇지만, 소추관은 국가의 수사보류 요청을 존중하더라도 국가의 수사상황에 관한 ‘정보제출요구권’을 행사하고 수사보류를 재검토하는 등 ‘감독 내지 감시기능’을 수행할 수 있다. 또한 소추관은 필요한 경우 증거보전 등을 위한 수사적 조치를 취할 수 있다. 이러한 내용들은 수사의場이 언제라도 ICC로 이동될 수 있음을 간접적으로 암시하는 것이다.

셋째, 사건의 재판적격성에 대한 이의제기 단계에서 국가의 이의제기는 ‘가능한 한 신속하게’ 이루어져야 하며, 이의제기의 시점에 따라 이의제기 사유에 제한을 받게 된다. 그 이유는 국가에 의한 절차적 지연이 발생하는 것을 막기 위해서다. 또한 이 단계에서도 수사의 일체성과 효율성을 위해 재판적격성 문제가 ICC에서 계류 중인 동안 소추관은 수사상의 조치를 취할 수 있다. 그럼에도 불구하고, 보충성원칙이 적용되는 절차적 맥락이 갖는 근본적인 한계는 정보의 의도적인 왜곡이나 상소의 남용 등 악의의 국가들에 의한 절차적 남용 가능성을 완전히 배제할 수 없다는 점에 있다.

한편, ICC는 독자적으로 사건의 재판적격성을 결정할 수 있는 권한을 가지고 있다. 이에 대해, *Bosco Ntaganda* 사건의 상소심재판부는 ‘피의자의 이익과 사건의 정황’에 따라 담당 재판부의 재량권 행사요건을 달리 적용할 수 있다고 판시하였다. 즉 상소심재판부는 ‘사건이 ICC의 확립된 판례에 근거한 경우’나 ‘사건의 재판적격성을 명백히 없게 하는 다툼의 여지가 없는 사실 또는 독자적인 검토를 요하는 외

견상의 이유가 있는 경우’에 ICC가 재판적격성을 결정할 재량권을 행사할 수 있다는 입장이며, 이는 ICC의 재량권이 무제한적으로 인정되지 않음을 시사하고 있는 것이다. 이와 달리, 재판적격성에 대한 이의 제기 시점과 결부된 ‘ICC에서의 재판의 개시 시점’에 관한 판례간의 해석의 불일치는 절차적 맥락에서의 보충성원칙이 풀어야 할 과제가 여전히 남아있음을 보여주고 있다.

ICC는 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙에 따라 ICC 관할 범죄에 대한 국가의 수사 또는 기소 활동을 규범적으로 평가함으로써 국가의 관할권 행사에 대해 제약을 가할 수 있다. 따라서 보충성원칙은 ICC의 관할권 행사기준으로서 중요한 의미를 지닌다. ICC는 그동안 판례를 통해 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙으로부터 파생된 여러 가지 개념이나 기준을 제시하였다. 그렇지만 이러한 개념이나 기준이 ICC의 구체적 사건에서 잘못 적용되거나, 또는 이러한 기준이 지나치게 엄격하게 설정되어 있다는 비판 등에 직면하고 있음을 이 연구를 통해 확인할 수 있었다. 이 연구에서는 다음과 같이 그러한 문제점이나 비판에 대해 검토하고 그에 대한 해석론이나 대안을 제시하고자 하였다.

첫째, 수사 개시 결정 이전단계에서 소추관이 ‘잠재적 사건’에 대해 수사하고 있는지 여부를 관할권을 가지는 국가가 어떻게 파악할 수 있는가의 현실적인 문제가 제기된다. 로마규정에 따르면, 소추관이 해당 국가에게 특정한 ‘잠재적 사건’을 수사하기로 결정하였음을 통지하기 전에는 그 국가가 사실상 소추관의 수사대상 사건이 무엇인지 확인할 방법이 없다. 만약 ICC와 국가의 수사 대상 사건이 동일하다면 별다른 문제가 발생하지 않겠지만, 양자가 ‘이중’의 잠재적 사건들에

대해 각기 수사를 진행하고 있다면 상황은 달라진다. 즉 ICC는 케냐 사태나 코트디부아르 사태와 같이 국가가 진행하고 있는 사건이 자신이 다루고 있는 것과 동일하지 않다는 이유로 ‘사건의 재판적격성이 있거나 있게 될 것’<sup>587)</sup>이라고 결정할 가능성이 높다. 결국, 이러한 초기 절차적 단계부터 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙은 국가의 일차적 관할권 행사를 사실상 제약하는 결과를 야기할 수 있다. 만약 소추관이 자신이 다루고 있는 ‘잠재적 사건’에 대한 정보를 관할권을 가지는 국가에게 사전 통지할 수 있다면 국가의 관할권 행사의 제약 문제는 발생하지 않을 수 있지만, 로마규정은 이러한 내용을 언급하고 있지 않다. 다만 로마규정은 소추관의 ‘수사 개시 결정 이후’ 이러한 사항을 국가에게 통지하도록 규정하고 있을 뿐이다.<sup>588)</sup> 따라서 보충성원칙의 취지가 국가의 일차적 관할권 행사를 촉진시키는 데에 있다면, 수사 개시 결정 이전 단계에서부터 소추관이 ‘잠재적 사건’에 대한 수사를 진행하고 있음을 국가에게 통지할 필요가 있다.

둘째, ICC는 ‘2단계 평가’를 통해 사건의 재판적격성 유무를 판단한다는 입장이지만, *Germain Katanga* 사건에서와 같이 ‘2단계 평가’의 적용방식이 심급별 재판부 사이에서 일관성 있게 적용되지 않은 사례도 존재한다. 즉, ‘동일한 사실관계’에 대해 이 사건의 전심재판부는 ‘동일행위’ 기준을 적용하고 있었고, 1심재판부는 ‘의사부재’ 기준을 적용하였으며, 상소심재판부는 ‘국가의 수사나 기소, 또는 불기소처분이 있었는지 여부’를 적용하는 등 사건의 재판적격성을 평가하는 데 각기 상이한 기준을 적용하였다. 그런데 재판적격성에 관한 ‘2단계 평

---

587) 로마규정 제53조 제1항 b호.

588) 로마규정 제18조.



가’는 국가의 일차적 관할권 행사를 제약할 수 있다는 점에서 중대한 의미를 지니고 있다. ‘2단계 평가’는 1단계 평가기준을 충족하였을 때 비로소 2단계 평가기준을 충족하는지 여부에 대한 ‘누적적’ 평가를 요한다. 따라서 ICC는 재판적격성을 평가할 때, 먼저 국가의 부작위 상황 여부를 확인하고 이에 해당하지 않으면 국가의 수사나 기소, 또는 불기소처분이 있는지 또는 있었는지 확인해야 하며, 또한 ‘동일인물, 동일행위’ 기준 충족 여부도 검토해야 한다(1단계 평가기준). 만약 국가의 국내절차가 이러한 평가기준을 충족한다면, ICC는 비로소 해당 절차에 대한 국가의 진정한 의사나 능력이 있는지 여부를 평가할 수 있게 된다(2단계 평가기준).

셋째, ‘동일사건’ 여부의 판단기준인 ‘동일인물, 동일행위’ 기준이 지나치게 엄격하다는 비판이 제기되어 왔다. ICC에서 다룬 여러 사건들을 분석해 보면, 보충성원칙이 구현된 재판적격성 결정기준을 실제 충족시킨 사례가 *Abdullah Al-Senussi* 사건 외에 거의 없음을 알 수 있었다. 이로 인해, 콩고민주공화국의 *Thomas Lubanga Dyilo* 사건이나 리비아의 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건과 같이 ICC 관할범위를 범한 자에 대한 적극적인 처벌의지가 있는 국가들과 우간다나 케냐와 같이 그러한 의지가 없는 국가들이 모두 ‘동일인물, 동일행위’ 기준을 충족하지 못하는 상황은 이 기준을 완화시킬 필요가 있다는 논의로 이어졌다. 그렇지만 ‘동일인물, 동일행위’ 기준은 분명한 로마규정상 근거를 가지고 있으므로 엄격하게 해석될 필요가 있다. 대신, 원칙에 입각하여 보충성원칙을 적용함으로 인해 영향 받는 국가의 관할권 행사의 제약을 극복하기 위한 방안은 로마규정 내에서 찾아야 한다. 이 논문에서는 그러한 극복방안으로 적극적 보충성 이념을 구현하고 있

는 로마규정 제93조 제10항에 다음과 같은 내용이 반영될 필요가 있음을 제시하였다. 즉 ICC는 국가의 요청이 없어도 자신이 처리하고 있는 사건이나 재판에 관한 정보를 ‘필요하다고 인정하는 경우’ 진정으로 수사나 기소를 행할 의사를 가지는 국가에 제공할 수 있어야 하며, 이러한 판단은 담당 재판부의 ‘결정’(decision)에 의하도록 해야 한다. 다만, 담당재판부는 관련 증인이나 피해자의 안전 등을 위해 필요하다고 판단하는 경우 ICC의 협력이나 지원에 일정한 조건을 붙일 수 있다.

재판적격성 예외사유로서의 보충성원칙 역시 그 중심을 이루고 있는 ‘의사부재’와 ‘능력부재’ 개념 등의 엄격한 해석과 적용을 요한다. 국가가 특정 사건에 대해 수사나 기소, 또는 불기소처분을 하였더라도 그것이 ‘의사부재’나 ‘능력부재’에 해당한다면 그 국가가 관할권을 행사하지 않은 것으로 간주되어 ICC가 개입할 여지가 있게 된다. 따라서 국가의 관할권 행사에 우선권을 부여한다는 보충성원칙의 취지를 고려할 때, ‘의사부재’와 ‘능력부재’의 개념은 다음과 같이 적용될 필요가 있다. 첫째, *Germain Katanga* 사건에서 문제된 바 있는 의사부재의 3가지 사유는 국가의 일차적 관할권 행사를 제약할 수 있다는 점에서 ‘열거사항’으로 보는 것이 보충성원칙의 취지에 적합하다. 둘째, 보충성원칙의 취지와 목적을 고려할 때 관할권을 가지는 국가의 적법절차 위반에 대한 ICC의 개입은 *Abdullah Al-Senussi* 사건의 상소심재판소가 제시한 기준, 즉 적법절차에 대한 ‘심각한’ 위반의 경우 등 예외적인 상황으로 제한될 필요가 있다. 셋째, 특히 *Abdullah Al-Senussi* 사건에서 문제된 ‘능력부재’의 개념은 그 요소들에 대한 엄격한 해석을 통해 ‘누적적’으로 적용되어야 한다. 즉 ICC는 특정 사

건에서의 능력부재 여부를 판단할 때 (i) 해당 국가의 사법제도가 전반적 또는 실질적 붕괴나 이용불능 상황에 해당되는지 여부를 먼저 판단해야 하며, 이것이 충족된다고 판단되는 경우에 한해 (ii) 피의자나 필요한 증거 및 증언을 확보할 수 없는지 여부 또는 달리 절차를 진행할 수 없는지 여부를 ‘누적적’으로 평가하여야 한다. 만약 그렇지 않으면, 국가의 일차적 관할권 행사를 부적법 내지 부당하게 제약시키는 결과를 초래할 수 있기 때문이다.

한편, ICC 관할범죄에 대한 사면이 허용되는지 여부에 대한 견해의 대립은 쉽게 해결되지 않을 것으로 보인다. 지난 2019년 4월 *Saif Al-Islam Gaddafi* 사건의 전심재판부가 ICC 관할범죄에 대한 사면이 허용되지 않는다는 원칙적인 입장을 최초로 밝혔지만 향후 이 문제를 둘러싼 논쟁이 어떠한 결론에 다다를 것인지는 좀 더 지켜봐야 할 것으로 보인다. 또한, 로마규정에 반영된 보충성원칙은 ICC 관할범죄를 범한 자에 대한 형사처벌을 전제하고 있다는 점에서 본질적으로 ‘비형사적 책임추궁제도’와 어울리지 않는다. 다만 비형사적 책임추궁이 국제정의를 회피하려는 것도 사면을 가장하는 방편으로 활용되는 것도 아니라면, 이것은 로마규정의 취지와 목적을 저해하지 않는 범위 내에서 활용될 수 있는 여지가 있다.

이와 관련하여, 이 논문에서는 ICC 관할범죄를 범한 자들에 대한 국가의 사면조치나 비형사적 책임추궁이 로마규정상 보충성원칙과 조화될 수 있도록 하기 위한 몇 가지 해석원칙을 다음과 같이 제시하였다. (i) ICC 사건의 대상인 피의자들에 대해서는 형사처벌 외에 어떠한 대안적 책임추궁이 이루어져서는 안 된다. 다만 이러한 피의자들이 분쟁의 최고 책임자로서 ‘평화협상’에 기여한 바가 인정되는 경우

감형에 대한 사법적 고려를 할 필요가 있다. 이를 위해 절차및증거규칙 제145조 제2항 a호에 ‘유죄선고를 받은 자가 분쟁의 평화적 해결에 지대한 공헌을 한 것이 국제사회로부터 인정되는 경우’를 감형사유에 추가할 필요가 있다. (ii) 진실화해위원회가 ICC 관할범죄를 범한 자에 대해 ‘범죄수사’나 ‘형사기소’를 할 수 있는 권한을 보유하는 경우에 한해서 재판적격성 결정기준으로서의 보충성원칙을 충족시킬 여지가 있다고 보아야 한다. 다만 이 경우에도 진실화해위원회는 ICC 사건 대상자에 대해 사면을 부여할 수 없다. (iii) 일반적인 비형사적 책임추궁절차는 ‘ICC 사건 대상자가 아닌’ 범죄피의자들을 대상으로 활용될 수 있다.

이 연구는 보충성원칙에 대한 현재까지의 논의점에 대한 해석과 적용만을 반영한 것이다. 향후 이 원칙을 둘러싼 새로운 이론과 판례가 계속해서 등장할 것으로 보인다. 여기서 유념할 점은, 로마규정에 반영되어 있는 보충성원칙은 ‘ICC가 국가의 형사관할권을 보충한다’는 기본원칙에서 벗어나지 않아야 하며 국가의 일차적 관할권 행사와 조화되는 방향으로 해석되고 적용되어야 한다는 것이다. 앞으로 보충성원칙에 대한 더욱 심층적인 연구와 논의를 통해 국가의 형사관할권 행사와 국제적 수준의 정의실현이 조화를 이루기 위한 근간을 마련하고, ICC 관할범죄에 대해 책임 있는 자들에 대한 불처벌 상태를 종식시킴으로써 국제형사사법정의가 보편적으로 실현되기를 기대해 본다.

## 참 고 문 헌

### 1. 국내문헌

#### (1) 단행본

김기준, 국제형사법, 박영사 (2017년).

김영석, 국제형사재판소법강의, 법문사 (2014년).

김영석, 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 해설서, 법무부 (2008년).

정인섭, 신국제법 강의 - 이론과 사례 제9판, 박영사 (2019년).

정인섭, 증보 국제인권조약집, 경인문화사 (2008년).

#### (2) 논 문

김영석, “국제형사재판소규정상 공적 지위 무관련성 원칙과 주권면제 원칙에 관한 분석”, 이화여자대학교 법학논집 제20권 제1호 (2015년), pp. 279-298.

김형구, “국제형사재판의 현황과 한계: 국제형사재판소의 활동을 중심으로”, 평화학연구 제11권 1호 (2010년), pp. 377-396.

김형구, “평화의 회복을 위한 국제형사재판의 현황과 한계: 국제형사재판소의 Al-Bashir사건을 중심으로”, 평화학연구 제12권 4호 (2011년), pp. 5-26.

문규석, “국제형사재판소의 보충적 관할권의 행사에 관한 연구”, 인도법논총 제26호 (2006년), pp. 279-316.

문규석, “국제형사법원에서 검찰관의 수사권 행사”, 외법논집 제28집 (2007년), pp. 395-423.

- 박인수, “유럽연합의 권한배분과 행사원칙”, 유럽헌법연구 제11호 (2012년), pp. 1-34.
- 백기봉, “국제형사재판소(ICC)의 형사절차제도상의 한계에 대한 검토 - 현재 계류 중인 사건을 중심으로”, 서울국제법연구 제16권 1호 (2009년), pp. 29-64.
- 백기봉, “국제형사재판소(ICC)에 의한 관할권 행사 유형별 쟁점 검토”, 형사법의 신동향 통권 제28호 (2010년), pp. 148-197.
- 송상현, “국제형사재판소와 21세기의 국제형사법의 발전방향”, 아세아 여성법학 8권(2005), pp. 9-40.
- 송상현, “로마조약(The Rome Statute)과 國際刑事裁判所(ICC)에 관한 小考”, 서울대학교 법학 제44권 제3호 (2003년), pp. 239-278.
- 송지우, “주권과 보충성: 개념 검토를 통해 본 국제법 규범이론의 필요성”, 법철학연구 제21권 제2호 (2018년), pp. 383-416.
- 정인섭, “국제형사재판제도의 발전”, 국제인권법 제5호 (2002년), pp. 1-31.
- 최태현, “국제형사재판소의 관할권 행사의 구도”, 국제인권법 제5호(2002년), pp. 79-117.
- 최태현, “한국에 있어서 ICC규정 침략범죄조항의 국내적 이행”, 법학논총 32권 2호 (2015년), pp. 77-110.

## 2. 외국문헌

### (1) 단행본

Adigun, Muyiwa, *The International Criminal Court and Nigeria: Implementing the Complementarity Principle of the Rome Statute* (Routledge, 2018).

- Ambos, Kai, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court* (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2010).
- Bassiouni, M. Cherif, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition* (Martinus Nijhoff Publishers, 2013).
- Bassiouni, M. Cherif, *International Criminal Law* (2nd ed.) (Transnational Publishers, 1999).
- Brown, Bartram S. (ed.), *Research Handbook on International Criminal Law* (Edward Elgar, 2011).
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law* (2nd ed.) (Oxford University Press, 2008).
- Cassese, Antonio et al.(eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (Oxford University Press, 2002).
- Clark, Phil, *Distanced Justice - The Impact of the International Criminal Court on African Politics* (Cambridge University Press, 2018).
- Galand, Alexandre Skander, *UN Security Council Referrals to the International Criminal Court - Legal nature, Effects and Limits* (Brill Nijhoff, Leiden/Boston, 2019).
- Imoedemhe, Ovo Catherine, *The Complementarity Regime of the International Criminal Court: National Implementation in Africa* (Springer, 2017).
- Jennings, Robert & Watts, Arthur, *Oppenheim's International Law* (9th ed.) (Longman, 1992).
- Kleffner, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford University Press, 2008).

- Lee, Roy S., *The International Criminal Court - The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law International, 1999).
- Maogoto, Jackson Nyamuya, *State Sovereignty and International Criminal Law: Versailles to Rome* (Transnational Publishers, 2003).
- Nouwen, Sarah M. H., *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan* (Cambridge University Press, 2013).
- Razesberger, F., *The International Criminal Court-The Principle of Complementarity* (Peter Lang, 2006).
- Schabas, William, *An Introduction to the International Criminal Court* (3rd ed.) (Cambridge University Press, 2007).
- Stahn, Carsten & El Zeidy, Mohamed M. (eds.), *The International Criminal Court and Complementarity – From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2011).
- Stigen, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National jurisdiction – The Principle of Complementarity* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008).
- Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : observers' notes, article by article* (3rd ed.) (Reemers Publishing Services, 2015).
- von Hebel, Herman A.M. et al. (eds.), *Reflections on the International Criminal Court* (T.M.C. Asser Press, 1999).



## (2) 논 문

- Akande, Dapo, “The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC”, 10 *Journal of International Criminal Justice* 299 (2012).
- Akhavan, Payam, “Complementarity Conundrums”, 14 *Journal of International Criminal Justice* 1043 (2016).
- Aloisi, Rosa, “A Tale of Two Institutions: The United Nations Security Council and the International Criminal Court”, 13 *International Criminal Law Review* 147 (2013).
- Apreotesei, Alina-Ioana, “The Principle of Complementary and the International Criminal Court”, 4 *Iustum Aequum Salutare* 93 (2008).
- Apuuli, Kasaija Phillip, “The ICC's Possible Deferral of the LRA Case to Uganda”, 6 *Journal of International Criminal Justice* 801 (2008).
- Augustínyová, Gabriela, “Introductory Note to Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi: Decision on the Admissibility of the Case against Abdullah Al-Senussi (Int'l Crim. Ct.)”, 53 *International Legal Materials* 273 (2014).
- Ayeni, Victor O. & Olong, Matthew A., “Opportunities and Challenges to the UN Security Council Referral under the Rome Statute of the International Criminal Court”, 25 *African Journal of International & Comparative Law* 239 (2017).
- Bailey, Christopher E., “The Quest for Justice: Joseph Kony & the Lord's Resistance Army”, 40 *Fordham International Law Journal* 247 (2017).
- Bates, Elizabeth Stubbins, “Introductory Note to the International Criminal Court Appeals Chamber: Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura,

- Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali”, 51 *International Legal Materials* 17 (2012).
- Batros, Ben, “The Judgment on the *Katanga* Admissibility Appeal: Judicial Restraint at the ICC”, 23 *Leiden Journal of International Law* 343 (2010).
- Benzing, Markus, “The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight against Impunity”, 7 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 591 (2003).
- Bergsmo, Morten, Olympia Bekou & Annika Jones, “Complementarity After Kampala: Capacity Building and the ICC’s Legal Tools”, 2 *Goettingen Journal of International Law* 791 (2010).
- Birnbaum, Samuel C., “Predictive Due Process and the International Criminal Court”, 48 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 307 (2015).
- Bishop, Anna, “Failure of Complementarity: The Future of the International Criminal Court Following the Libyan Admissibility Challenge”, 22 *Minnesota Journal of International Law* 388 (2013).
- Bjork, Christine & Goebertus, Juanita, “Complementarity in Action: The Role of Civil Society and the ICC in Rule of Law Strengthening in Kenya”, 14 *Yale Human Rights & Development Law Journal* 205 (2011).
- Bleich, Jeffrey L., “Complementarity”, 25 *Denver Journal of International Law and Policy* 281 (1997).
- Bo, Marta, “The Situation in Libya and the ICC’s Understanding of Complementarity in the Context of UNSC-Referred Cases”, 25 *Criminal Law Forum* 505 (2014).

- Bocchese, Marco, “Odd Friends: Rethinking the Relationship between the ICC & State Sovereignty”, 49 *International Law & Politics* 339 (2017).
- Bohlen, Rachel, “Questioning Authority: A Case for the International Criminal Court's Prosecution of the Current Sudanese President, Omar Al-Bashir”, 42 *The George Washington International Law Review* 687 (2010).
- Bradfield, Paul, “Reshaping Amnesty in Uganda”, 15 *Journal of International Criminal Justice* 827 (2017).
- Brighton, Claire, “Avoiding Unwillingness: Addressing the Political Pitfalls Inherent in the Complementarity Regime of the International Criminal Court”, 12 *International Criminal Law Review* 629 (2012).
- Buisman, Caroline, “Delegating Investigations: Lessons to be Learned from the Lubanga Judgment” 11 *Northwestern Journal of International Human Rights* 30 (2013).
- Carozza, Paolo G., “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, 97 *American Journal of International Law* 38 (2003).
- Carter, Linda E., “The Future of the International Criminal Court: Complementarity as a Strength or a Weakness?”, 12 *Washington University Global Studies Law Review* 451 (2013).
- Carter, Linda E., “The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of *Ne Bis in Idem*”, 8 *Santa Clara Journal of International Law* 165 (2010).
- Cho, Paul, “What if the International Criminal Court Could Prosecute President Al-Assad for the Chemical Weapon Attacks in Ghouta?”, 49 *St. Mary's Law Journal* 165 (2017).

- Colish, Will, “The International Criminal Court in Guinea: A Case Study of Complementarity”, 26 *Revue québécoise de droit international* 23 (2013).
- Cross, Matthew E. & Williams, Sarah, “Recent Developments at the ICC: Procecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui – A Boost for ‘Co-operative Complementarity’?”, 10 *Human Rights Law Review* 336 (2010).
- Crow, Kevin, “The Merits or the Messenger?: Complementarity and the the Referral Process in the ICC's Application of Article 17”, 26 *Journal of Transnational* 53 (2016-2017).
- DETEȘEANU, Daniela-Anca & ZASOVA, Svetlana, “Măsurile de amnistie și lupta împotriva impunității: O posibilă reconciliere?”, 2011 *Analele Universitatii din Bucuresti: Seria Drept* 477 (2011).
- Dov Bachmann, Sascha Dominik & Nwibo, Eda Luke, “Pull and Push – Implementing the Complementarity Principle of the Rome Statute of the ICC within the African Union: Opportunities and Challenges”, 43 *Brook Journal of International Law* 457 (2018).
- Dutton, Yvonne M., “Enforcing the Rome Statute: Evidence of (Non) Compliance from Kenya”, 26 *Indiana International & Comparative Law Review* 7 (2016).
- Dutton, Yvonne M., “Bridging the Legitimacy Divide: The International Criminal Court's Domestic Perception Challenge”, 56 *Columbia Journal of Transnational Law* 71 (2017).
- Dutton, Yvonne M. & Alleblas, Tessa, “Unpacking the Deterrent Effect of the International Criminal Court: Lessons from Kenya”, 91 *St. John's Law Review* 105 (2017).

- Easterday, Jennifer S., “Deciding the Fate of Complementarity: A Colombian Case Study”, 26 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 49 (2009).
- Ellis, Mark, “Beyond a Flawed Trial: ICC Failures to Ensure International Standards of Fairness in the Trials of Former Libyan Regime Members”, 33 *American University of International Law Review* 75 (2017).
- El Zeidy, Mohamed M., “The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: An Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC”, 5 *International Criminal Law Review* 83 (2005).
- Fish, Eric S., “Peace Through Complementarity: Solving the Ex Post Problem in International Criminal Court Prosecutions”, 119 *The Yale Law Journal* 1703 (2010).
- Follesdal, Andreas, “The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law”, 2 *Global Constitutionalism* 37 (2013).
- Ford, Stuart, “The ICC and the Security Council: How Much Support Is There for Ending Impunity?”, 26 *Indiana International & Comparative Law Review* 33 (2016).
- Foster, Jacob N., “A Situational Approach to Prosecutorial Strategy at the International Criminal Court”, 47 *Georgetown Journal of International Law* 439 (2016).
- Garcia, Elizabeth, “Determining When a State is “Unable or Unwilling” to Prosecute a Suspected War Criminal: In Principle and Practice”, 31 *Singapore Law Review* 57 (2013).
- Goldstone, Danielle E., “Embracing Impasse: Admissibility, Prosecutorial

- Discretion, and the Lessons of Uganda for the International Criminal Court, 22 *Emory International Law Review* 761 (2008).
- Gomez, Robert, “Transitional States, The ICC, and Amnesties: Establishing an Advisory Commission”, 3 *Eyes on the ICC* 57 (2006).
- Greenawalt, Alexander K.A., “Complementarity in Crisis: Uganda, Alternative Justice, and the International Criminal Court”, 50 *Virginia Journal of International Law* 107 (2009).
- Hamilton, Rebecca J., “The ICC’s Exit Problem”, 47 *N.Y.U. Journal of International Law and Politics* 1 (2014).
- Hansen, Thomas Obel, “A Critical Review of the ICC’s Recent Practice Concerning Admissibility Challenges and Complementarity”, 13 *Melbourne Journal of International Law* 217 (2012).
- Hassanein, Ahmed Samir, “Self-referral of Situations to the International Criminal Court: Complementarity in Practice—Complementarity in Crisis”, 17 *International Criminal Law Review* 107 (2017).
- Heller, Kevin Jon, “A Sentence-Based Theory of Complementarity”, 53 *Harvard International Law Journal* 85 (2012).
- Helfer, Laurence R. & Showalter, Anne E., “Opposing International Justice: Kenya's Integrated Backlash Strategy against the ICC”, 17 *International Criminal Law Review* 1 (2017).
- Hobbs, Harry Orr, “The Security Council and the Complementarity Regime of the International Criminal Court: Lessons from Libya”, 9 *Eyes on the ICC* 19 (2012).
- Jalloh, Charles Chernor, “Situation in the Republic of Kenya”, 105 *American Journal of International Law* 540 (2011).

- Jones, Samantha, "In the Pursuit of Justice: A Comment on the Arrest Warrant for President Al-Bashir of Sudan", 6 *Eyes on the ICC* 13 (2009).
- Jurdi, Nidal Nabil, "The Complementarity Regime of the International Criminal Court in Practice: Is it Truly Serving the Purpose? Some Lessons from Libya", 30 *Leiden Journal of International Law* 199 (2017).
- Jurdi, Nidal Nabil, "The Prosecutorial Interpretation of the Complementarity Principle: Does It Really Contribute to Ending Impunity on the National Level?", 10 *International Criminal Law Review* 73 (2010).
- Keller, Linda M., "The Continuing Peace with Justice Debate: Recent Events in Uganda and the International Criminal Court", 48 *The University of the Pacific Law Review* 265 (2017).
- Keller, Linda M., "The Practice of the International Criminal Court: Comments on 'The Complementarity Conundrum'", 8 *Santa Clara Journal of International Law* 199 (2010).
- Kress, Claus, "'Self-Referrals' and 'Waivers of Complementarity': Some Considerations in Law and Policy", 2 *Journal of International Criminal Justice* 944 (2004).
- Kuczyńska, Hanna, "The Scope of Appeal on Complementarity Issues before the ICC", 15 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 326 (2016).
- Mattias Kumm, "Sovereignty and the Right to Be Left Alone: Subsidiarity, Justice-Sensitive Externalities, and the Proper Domain of the Consent Requirement in International Law", 79 *Law and Contemporary Problems* 239 (2016).
- Mack, Evelyon Corrie Westbrook, "Does Customary International Law

- Obligate States to Extradite or Prosecute Individuals Accused of Committing Crimes Against Humanity?”, 24 *Minnesota Journal of International Law* 73 (2015).
- Malu, Linus Nnabuike, “The International Criminal Court and the Complex Road to Peace in Côte d'Ivoire”, 16 *International Criminal Law Review* 826 (2016).
- Marchuk, Iryna, “Ukraine and the International Criminal Court: Implications of the Ad Hoc Jurisdiction Acceptance and Beyond”, 49 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 323 (2016).
- McCausland, Julieta Solano & Rojo, Enrique Carnero, “Developments at the International Criminal Court”, 11 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 365 (2012).
- McHenry, Teresa, “Complementarity Issues”, 105 *American Society International Law Proceedings* 157 (2011).
- Meernik, James David, “Why Do Individuals Surrender to the International Criminal Tribunals?”, 15 *International Criminal Law Review* 926 (2015).
- Meyer, Frank, “Complementing Complementarity”, 6 *International Criminal Law Review* 549 (2006).
- Mégret, Frédéric & Samson, Marika Giles, “Holding the Line on Complementarity in Libya: The Case for Tolerating Flawed Domestic Trials”, 11 *Journal of International Criminal Justice* 571 (2013).
- Moy, H. Abigail, “The International Criminal Court's Arrest Warrants and Uganda's Lord's Resistance Army: Renewing the Debate over Amnesty and Complementarity”, 19 *Harvard Human Rights Journal* 267 (2006).



- Murphy, Robin, “Establishing a Precedent in Uganda: The Legitimacy of National Amnesties under the ICC”, 3 *Eyes on the ICC* 33 (2006).
- Müller, Andreas T. & Stegmiller, Ignaz, “Self-Referrals on Trial”, 8 *Journal of International Criminal Justice* 1267 (2010).
- Newton, Michael A., “The Complementarity Conundrum: Are We Watching Evolution or Evisceration?”, 8 *Santa Clara Journal of International Law* 115 (2010).
- Nsereko, Daniel D. Ntanda, “The ICC and Complementarity in Practice”, 26 *Leiden Journal of International Law* 427 (2013).
- Oosthuizen, Gabriël. H., “Some Preliminary Remarks on the Relationship Between the Envisaged International Criminal Court and the UN Security Council”, 46 *Netherlands International Law Review* 313 (1999).
- Pichon, Jakob, “The Principle of Complementarity in the Cases of the Sudanese Nationals Ahmad Harun and Ali Kushayb before the International Criminal Court”, 8 *International Criminal Law Review* 185 (2008).
- Pitts, M. Christopher, “Being able to Prosecute Saif Al-Islam Gaddafi: Applying Article 17(3) of the Rome Statute to Libya”, 27 *Emory International Law Review* 1291 (2013).
- Rastan, Rod, “Review of ICC Jurisprudence 2008”, 7 *Northwestern Journal of International Human Rights* 261 (2009).
- Rossi, Christopher R., “Hauntings, Hegemony, and the Threatened African Exodus from the International Criminal Court”, 40 *Human Rights Quarterly* 369 (2018).
- Ryngaert, Cedric & Gould, Lauren, “International Criminal Justice and Jus

- Post Bellum – The Challenge of ICC Complementarity: A case-study of the situation in Uganda”, *Revue Belge De Droit International* 91 (2011).
- Saether, Gjermund, “The Complementarity of ICC and Other Instruments in Transitional Justice—The Case of Northern Uganda”, 27 *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 467 (2009).
- Sainati, Tatiana E., “Divided We Fall: How the International Criminal Court Can Promote Compliance with International Law by Working with Regional Courts”, 49 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 191 (2016).
- Saxum, Erica J., “The ICC versus Sudan: How Does the Darfur Case Impact the Principle of Complementarity?”, 6 *Eyes on the ICC* 1 (2009-2010).
- Sácouto, Susana & Cleary, Katherine, “The *Katanga* Complementarity Decisions: Sound Law but Flawed Policy”, 23 *Leiden Journal of International Law* 363 (2010).
- Seibert-Fohr, Anja, “The Relevance of the Rome Statute of the International Criminal Court for Amnesties and Truth Commissions”, 7 *Max Planck UNYB* 553 (2003).
- Senier, Amy, “Introductory Note to International Criminal Court: Prosecutor v. katanga & Chui”, 49 *International Legal Materials* 45 (2010).
- Shasthri, V. Sessaiah, ““Self Referrals” by States and Criminal Prosecutions before the International Criminal Court”, 11 *ISIL Y.B. Int'l Human & Refugee L.* 378 (2011).
- Smith, Stephen Eliot, “Inventing the Laws of Gravity: The ICC's Initial *Lubanga* Decision and its Regressive Consequences”, 8

- International Criminal Law Review* 331 (2008).
- Sriram, Chandra Lekha & Brown, Stephen, “Kenya in the Shadow of the ICC: Complementarity, Gravity and Impact”, 12 *International Criminal Law Review* 219 (2012).
- Ssenyonjo, Manisuli, “The Rise of the African Union Opposition to the International Criminal Court's Investigations and Prosecutions of African Leaders”, 13 *International Criminal Law Review* 385 (2013).
- Ssenyonjo, Manisuli, “The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army Leaders: Prosecution or Amnesty?”, 7 *International Criminal Law Review* L 361 (2007).
- Sterio, Milena, “Individual Criminal Responsibility for the Destruction of Religious and Historic Buildings: The Al Mahdi Case”, 49 *Case Western Reserve Journal of International Law* 63 (2017).
- Tedeschini, Michele, “Complementarity in Practice: the ICC's Inconsistent Approach in the Gaddafi and Al-Senussi Admissibility Decisions”, 7 *Amsterdam Law Forum* 76 (2015).
- Tillier, Justine, “The ICC Prosecutor and Positive Complementarity: Strengthening the Rule of Law?”, 13 *International Criminal Law Review* 507 (2013).
- Totten, Christopher *et al.*, “The ICC Kenya Case: Implications and Impact for *Proprio Motu* and Complementarity”, 13 *Washington University Global Studies Law Review* 699 (2014).
- Totten, Christopher D. & Tyler, Nicholas, “Arguing for an Integrated Approach to Resolving the Crisis in Darfur: The Challenges of Complementarity, Enforcement, and Related Issues in the

- International Criminal Court”, 98 *The Journal of Criminal Law & Criminology* 1069 (2008).
- Trahan, Jennifer, “The International Criminal Court's Libya Case(s)—The Need for Consistency with International Human Rights as to Due Process and the Death Penalty”, 17 *International Criminal Law Review* 803 (2017).
- Traylor, Adrian, “Uganda and the ICC: Difficulties in Bringing the Lord's Resistance Army Leadership before the ICC”, 6 *Eyes on the ICC* 23 (2009-2010).
- Vaid, Kaveri, “What Counts as “State Action” under Article 17 of the Rome Statute? Applying the ICC’s Complementarity Test to Non-Criminal Investigations by the United States into War Crimes in Afghanistan”, 44 *New York University Journal of International Law and Politics* 573 (2011-2012).
- Van Steenberghe, Raphaël, “The Obligation to Extradite or Prosecute : Clarifying its Nature”, 9 *Journal of International Criminal Justice* 1089 (2011).
- Ventura, Manuel J., “The 'Reasonable Basis to Proceed' Threshold in the Kenya and Côte d'Ivoire *Proprio Motu* Investigation Decisions: The International Criminal Court's Lowest Evidentiary Standard?”, 12 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 49 (2013).
- Walker, Angela, “The ICC versus Libya: How to End the Cycle of Impunity for Atrocity Crimes by Protecting Due Process”, 18 *UCLA Journal of International Law & Foreign Affairs* 303 (2014).
- Warburg-Johnson, Sarah, “Libya & the International Criminal Court:

Locating Due Process as a Component of Admissibility Analysis”,  
11 *Eyes on the ICC* 105 (2015).

Wexler, Leila Sadat, “Committee Report on Jurisdiction, Definition of Crimes, and Complementarity”, 25 *Denver Journal of International Law and Policy* 221 (1997).

Yang, Lijun, “On the Principle of Complementarity in the Rome Statute of the International Criminal Court”, 4 *Chinese Journal of International Law* 121 (2005).

Zawati, Hilmi M., “The International Criminal Court and Complementarity”, 12 *Journal of International Law & International Relations* 208 (2016).

### (3) ICC 자료

\* PTC : Pre-Trial Chamber, TC : Trial Chamber, AC : Appeals Chamber

#### 가. 국가별 자료

#### <케냐> : 독자적 수사

ICC, Case Information Sheet: Situation in the Republic of Kenya - *The Prosecutor v. William Samoei Ruto & Joshua Arap Sang, Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-01/11; ICC-01/09-02/11.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Request for authorisation of an investigation pursuant to Article 15”, ICC-01/09, 2009. 11. 26.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Decision Requesting Clarification and Additional Information”, ICC-01/09, 2010. 2. 18.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Prosecution's Response to Decision Requesting Clarification and Additional Information”,

ICC-01/09, 2010. 3. 3.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya”, ICC-01/09, 2010. 3. 31.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry kiprono kosgey and Joshua Arap Sang*, “Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono kosgey and Joshua Arap Sang”, ICC-01/09-01/11, 2011. 3. 8.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru muigai kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru muigai kenyatta and Mohammed Hussein Ali”, ICC-01/09-02/11, 2011. 3. 8.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry kiprono kosgey, Joshua Arap Sang and Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru muigai kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Application on behalf of the Government of the Republic of Kenya Pursuant to Article 19 of the ICC Statute”, ICC-01/09-01/11 & ICC-01/09-02/11, 2011. 3. 31.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry kiprono kosgey and Joshua Arap Sang*, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, ICC-01/09-01/11, 2011. 5. 30.

ICC-PTC II, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru muigai kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, ICC-01/09-02/11, 2011. 5. 30.

ICC-AC, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto*, Henry kiprono kosgey and Joshua Arap Sang, “Appeal of the Republic of Kenya against the “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, ICC-01/09-01/11, 2011. 6. 6.

ICC-AC, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto*, Henry kiprono kosgey and Joshua Arap Sang, “Document in Support of the “Appeal of the Republic of Kenya against the Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, ICC-01/09-01/11, 2011. 6. 20.

ICC-AC, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto*, Henry kiprono kosgey and Joshua Arap Sang, “Victims Observations on the Government of Kenya's Appeal Concerning Admissibility of Proceedings”, ICC-01/09-01/11, 2011. 7. 19.

ICC-AC, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto*, Henry kiprono kosgey and Joshua Arap Sang, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the

Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, ICC-01/09-01/11 OA, 2011. 8. 30.

ICC-AC, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura*, Uhuru muigai kenyatta and Mohammed Hussein Ali, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute””, ICC-01/09-02/11 OA, 2011. 8. 30.

ICC-AC, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto*, Henry kiprono kosgey and Joshua Arap Sang, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute” : Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka”, ICC-01/09-01/11 OA, 2011. 9. 20.

ICC-OTP, Situation in the Republic of Kenya, *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, “Prosecution submissions on the ne bis in idem principle”, ICC-01/09-02/11, 2014. 2. 10.

<코트디부아르> : 독자적 수사

ICC, Case Information Sheet: Situation in the Republic of Côte d'Ivoire - *The Prosecutor v. Simone Gbagbo, Laurent Gbagbo & Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/12, 15.

ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, “Corrigendum to



“Judge Fernández de Gurmendi's separate and partially dissenting opinion to the Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire””, ICC-02/11, 2011. 10. 5.

ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, “Corrigendum to “Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire””, ICC-02/11, 2011. 11. 15.

ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo*, “Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo”, ICC-02/11-01/11, 2011. 11. 30.

ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, “Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Charles Blé Goudé”, ICC-02/11-02/11, 2012. 1. 6.

ICC-PTC III, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, “Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Simone Gbagbo”, ICC-02/11-01/12, 2012. 3. 2.

ICC-PTC I, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, “Decision on the Defence Challenge to the admissibility of the case against Charles Blé Goudé for insufficient gravity”, ICC-02/11-02/11, 2014. 11. 12.

ICC-PTC I, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, “Decision on Côte d'Ivoire's challenge to the

admissibility of the case against Simone Gbagbo”, ICC-02/11-01/12, 2014. 12. 11.

ICC-AC, Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, *The Prosecutor v. Simone Gbagbo*, “Judgment on the appeal of Côte d'Ivoire against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 December 2014 entitled “Decision on Côte d'Ivoire's Challenge to the admissibility of the case against Simone Gbagbo””, ICC-02/11-01/12 OA, 2015. 5. 27.

#### <우간다> : 자기회부

ICC, Case Information Sheet: Situation in Uganda - *The Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti, Dominic Ongwen*, ICC-02/04-01/05, 15.

ICC-OTP, Remarks by ICC Prosecutor Luis Moreno-Ocampo at the 27th Meeting of the Committee of Legal Advisers on Public International Law (CADHI), Held in Strasburg, on 18-19 March 2004.

ICC-Presidency, Situation in Uganda, “Decision Assigning the Situation in Uganda to Pre-Trial Chamber II”, ICC-02/04, 2004. 7. 5.

ICC-PTC II, Situation in Uganda, “Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest under Article 58”, ICC-02/04, 2005. 7. 8.

ICC-PTC II, Situation in Uganda, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen*, “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute”, ICC-02/04-01/05, 2009. 3. 10.

ICC-AC, Situation in Uganda, *The Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Dominic Ongwen*, “Judgment on the appeal of the Defence against the “Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute” of 10 March 2009”,

ICC-02/04-01/05 OA 3, 2009. 9. 16.

<콩고민주공화국> : 자기회부

ICC, Case Information Sheet: Situation in the Democratic Republic of the Congo - *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Bosco Ntaganda, Germain Katanga, Callixte mbarushimana, Sylvestre Mudacumura, and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/06, 07, 10, 12; ICC-01/04-02/06, 12.

ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58”, ICC-01/04-1/06, 2006. 2. 10.

ICC-AC, Situation in the Democratic Republic of the Congo, “Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled “Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58””, ICC-01/04, 2006. 7. 13.

ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Decision on the Prosecution Application for a Warrant of Arrest”, ICC-01/04-02/06, 2007. 3. 6.

ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, “Urgent Warrant of Arrest for Germain Katanga”, ICC-01/04-01/07, 2007. 7. 2.

ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain katanga”, ICC-01/04-01/07, 2007. 7. 6.

ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, “Warrant of Arrest for Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-02/07, 2007. 7. 6.

ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui”, ICC-01/04-02/07, 2007. 7. 6.

ICC-TC II, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, “Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)”, ICC-01/04-01/07, 2009. 6. 16.

ICC-AC, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui*, “Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case”, ICC-01/04-01/07 OA 8, 2009. 9. 25.

ICC-PTC I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, “Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana”, ICC-01/04-01/10, 2010. 9. 28.

ICC-PTC II, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, “Decision on the Prosecutor's Application under Article 58”, ICC-01/04-02/06, 2012. 7. 13.

ICC-PTC II, Situation in the Democratic Republic of the Congo, *The*

*Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura*, “Decision on the Prosecutor's Application under Article 58”, ICC-01/04-01/12, 2012. 7. 13.

ICC-Press Release, ICC Presidency approves the prosecution of Mr Germain Katanga by national authorities of the Democratic Republic of the Congo, 2016. 4. 7.

#### <수단 : 다르푸르> : 안전보장이사회회부

ICC, Case Information Sheet: Situation in Darfur, Sudan - *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman("Ali Kushayb"), Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Abdel Raheem Muhammad Hussein, Bahar Idriss Abu Garda, Abdallah Banda Abakaer Nourain*, ICC-02/05-01/07, 09, 12 ICC-02/05-02/09, ICC-02/05-03/09.

ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, “Prosecutor's Application under Article 58(7)”, ICC-02/05, 2007. 2. 27.

ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman("Ali Kushayb")*, “Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute”, ICC-02/05-01/07, 2007. 4. 27.

ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir("Omar Al Bashir")*, “Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir”, ICC-02/05-01/09, 2009. 3. 4.

ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, “Summons to Appear for Bahr Idriss Abu Garda”,

ICC-02/05-02/09, 2009. 5. 7.

ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Second Decision on the Prosecutor's Application under Article 58”, ICC-02/05-03/09, 2009. 8. 27.

ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, “Public redacted version of "Decision on the Prosecutor's application under article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein"”, ICC-02/05-01/12, 2012. 3. 1.

ICC-PTC I, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, “Warrant of Arrest for Abdel Raheem Muhammad Hussein”, ICC-02/05-01/12, 2012. 3. 1.

ICC-TC IV, Situation in Darfur, Sudan, *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain*, “Warrant of arrest for Abdallah Banda Abakaer Nourain”, ICC-02/05-03/09, 2014. 9. 11.

#### <리비아> : 안전보장이사회회부

ICC, Case Information Sheet: Situation in Libya - *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Al-Tuhamy Mohamed Khaled, Mahmoud Mustafa Busyf Al-Werfalli*, ICC-01/11-01/11, 13, 17.

ICC-PTC I, Situation in Libya, “Decision on the “Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI”, ICC-01/11, 2011. 6. 27.

ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Tuhamy Mohamed Khaled*, “Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled with

- under seal and ex parte Annex”, ICC-01/11-01/13, 2013. 4. 18.
- ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, ICC-01/11-01/11, 2013. 5. 31.
- ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi”, ICC-01/11-01/11, 2013. 10. 11.
- ICC-AP, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Appeal on behalf of Abdullah Al-Senussi against Pre-Trial chamber I’s ‘Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi’, and Request for Suspensive Effect”, ICC-01/11-01/11, 2013. 10. 17.
- ICC-AP, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Decision on the request for suspensive effect and the request to file a consolidated reply”, ICC-01/11-01/11 OA 6, 2013. 11. 22.
- ICC-AP, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi””, ICC-01/11-01/11 OA 4, 2014. 5. 21.
- ICC-AP, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi & Abdullah Al-Senussi*, “Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi””, ICC-01/11-01/11 OA 6, 2014. 7. 24.

ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, “Decision on the non-compliance by Libya with requests for cooperation by the Court and referring the matter to the United Nations Security Council”, ICC-01/11-01/11, 2014. 12. 10.

ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli*, “Warrant of Arrest”, ICC-01/11-01/17-2, 2017. 8. 15.

ICC-OTP, “Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Libya, pursuant to UNSCR 1970 (2011)”, 2018. 5. 9.

ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute”, ICC-01/11-01/11, 2018. 6. 5.

ICC-PTC I, Situation in Libya, *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi*, “Decision on the ‘Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute’”, ICC-01/11-01/ 11-662, 2019. 4. 5.

#### 나. 일반 자료

ICC-OTP, Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice (2003).

ICC-OTP, Informal Expert Paper: Fact-finding and Investigative Functions of the Office of the Prosecutor, including International Cooperation (2003).

ICC-OTP, Report on Prosecutorial Strategy (2006).

ICC-OTP, Policy Paper on Preliminary Examinations (2013).

ICC-OTP, Report on Preliminary Examination Activities 2017 (2017).

#### (4) 기타 자료



Report of the International Law Commission on the work of its forty-fifth Session, Yearbook of the International Law Commission, 1993, Vol. II, Part Two (UN Doc. A/CN.4/SER.A/1993/Add.1(Part 2)).

Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth Session, Yearbook of the International Law Commission, 1994, Vol. II, Part Two (UN Doc. A/CN.4/SER.A/1994/Add.1(Part 2)).

Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1995 (UN Doc. A/50/22).

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1996, Vol. I & II (UN Doc. A/51/22).

Decisions taken by the Preparatory Committee at its Session held in New York 4 to 15 August, 1997 (UN Doc. A/AC.249/1997/L.8/Rev.1).

Decisions taken by the Preparatory Committee at its Session held in New York 1 to 12 December, 1997 (UN Doc. A/AC.249/1997/L.9/Rev.1).

Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 1998 (UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1).

United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court (Rome, 15 June-17 July 1998), Vol II: Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole, 2002 (UN Doc. A/CONF.183/13(Vol. II)).

UNSC, S/RES/1593 (2005).

UNSC, S/RES/1970 (2011).

Abstract

# The Application of the Principle of Complementarity under the ICC Statute

Kim, Sun-Il

Major in International Law

Department of Law

The Graduate School

Seoul National University

While we can acknowledge the exercise of the State's primary jurisdiction over crimes within the jurisdiction of the ICC through the principle of complementarity under the Rome Statute, we can not but admit that there is apparently certain limitations in that exercise. This double-sided nature of the principle of complementarity can lead to sharp tensions or confrontations between the State and the ICC with regard to investigations or prosecutions of crimes within the jurisdiction of the ICC. Furthermore, it is reasonable to say that there are still many controversial issues regarding the interpretation and application of the principle of complementarity reflected in the Rome Statute. More specifically there are issues regarding (i) the subject of

evaluation of admissibility, (ii) the interpretation and application of 'the same person, the same conduct' as a criterion for determining whether the concerned cases are the same case, (iii) the application of different criteria among the Pre-Trial Chamber, the Trial Chamber, and the Appeals Chamber in the so-called 'a two-steps test', (iv) the evaluation of admissibility concerning with violation against domestic due process principles and the problem of application of the concept of 'inability', (v) *de jure* and *de facto* meaning of 'self-referral', and (vi) controversy surrounding the amnesty and non-criminal accountability etc. These issues raise the question of how the principle of complementarity reflected in the Rome Statute should be interpreted and applied in the ICC procedures.

In this dissertation, we examined the normative meaning of the principle of complementarity reflected in the Rome Statute, and then discussed the four major themes in order to clarify how it has been implemented in the ICC cases. First, this dissertation studied what the implications of the principle of complementarity at different procedural stages in the ICC, and consequently it was confirmed that the principle of complementarity in the procedural context gives priority to the exercise of the State's primary jurisdiction and checks the abuse of State's jurisdiction simultaneously. Second, the principle of complementarity as a criterion for determining the admissibility of a case is important as a criterion for the ICC to exercise its jurisdiction complementarily, and the ICC has introduced various concepts and criteria such as 'potential case', 'the same person, the same conduct', and a two-steps test etc. However, when these concepts or criteria are applied to specific cases of the ICC, we can confirm that there are many problems and criticisms concerning with the application of the principle of complementarity.

Therefore, taking it into consideration of the fact that it is necessary to establish the strict application of the principle of

complementarity and the harmonization of the exercise of jurisdiction between the State and the ICC, this dissertation suggested several interpretative or alternative solutions for concerned issues. Third, the principle of complementarity as an exception for admissibility also requires rigorous interpretation and application in that it is considered that the State's jurisdiction has not be exercised if the principle meets the requirements of the concept of 'unwillingness' and 'inability'. However, as a result of analyzing the ICC cases, it could be found that some Chambers overlooked that the three grounds of 'unwillingness' are exhausted, and confirmed that the requirements of 'inability' was not applied cumulatively by them. Nonetheless, it is remarkable that the Appeals Chamber had pointed out that the ICC can only intervene in an exceptional situation, such as the case that the State's violations of the due process principle are 'egregious and flagrant' and so on. Finally, this dissertation attempted to clarify the legal and factual meaning of the unanticipated "self-referral" in the Rome Conference. Moreover after this dissertation reviewed whether the amnesty and non-criminal accountability mechanism can be harmonized with the principle of complementarity, it suggested the principle or direction of interpretation for those issues.

After all, the principle of complementarity reflected in the Rome Statute should not be deviated from the fundamental principle of Rome Statute, namely "ICC shall be complementary to national criminal jurisdiction" and should be interpreted and applied in harmony with the exercise of the State's primary jurisdiction. Throughout consistent interpretation and application of the principle of complementarity, it is possible to accomplish the harmonization between the exercise of national criminal jurisdiction and the realization of justice in an international level. In light of the above measures, we can put an end to impunity for the perpetrators of crimes within the jurisdiction of the ICC, and the international

criminal justice will be ultimately realized.

**keywords** : principle of complementarity, admissibility, unwillingness, inability, self-referral, non-criminal accountability, potential case, the same person • the same conduct, a two-steps test

***Student Number*** : 2004-30433